

ESTUDIOS

La influencia del Derecho Laboral en la mediación aplicada a conflictos individuales de trabajo:
estudio cualitativo en el ámbito del SERCLA
Antonio Álvarez Del Cuvillo

Políticas de conciliación laboral de la mujer, mercado de trabajo y retos demográficos
Francesca Malzani

Política de empleo y periodo de prueba de un año: crítica desde la doble perspectiva constitucional
e internacional
María Rosa Vallecillo Gámez

La reducción de jornada por motivos familiares: puntos críticos en la doctrina judicial
Pilar Núñez-Cortés Contreras

Extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura y por amortización de la plaza
Margarita Arenas Viruez

INFORMES Y DOCUMENTOS

Negociación colectiva en Andalucía durante 2014

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA
Universidad de Cádiz
La delimitación de la circunscripción electoral en las elecciones a representantes de los trabajadores
María Del Junco Cachero

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO
Universidad de Sevilla
Ineficacia de la conversión en indefinido no fijo en el sector público conforme a la Directiva
1999/70/CE
María Sepúlveda Gómez

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO
Universidad de Vigo
La conversión de tiempo completo a tiempo parcial por la vía del art. 41 ET: el principio de volunta-
riedad en clave de principio igualdad
Belén Fernández Docampo

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
Universidad de Málaga
La actualización y revalorización de pensiones y el principio de retroactividad
Juan Carlos Álvarez Cortés

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía
Mª Dolores Rubio De Medina

129

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
129/2015 - Segundo Trimestre

TEMAS LABORALES 2015

129

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



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

129

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Comercio

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

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 129/2015
Segundo Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

La influencia del Derecho Laboral en la mediación aplicada a conflictos individuales de trabajo: estudio cualitativo en el ámbito del SERCLA	13
ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO	
Políticas de conciliación laboral de la mujer, mercado de trabajo y retos demográficos	55
FRANCESCA MALZANI	
Política de empleo y periodo de prueba de un año: crítica desde la doble perspectiva constitucional e internacional	79
MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ	
La reducción de jornada por motivos familiares: puntos críticos en la doctrina judicial PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS	107
Extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura y por amortización de la plaza	133
MARGARITA ARENAS VIRUEZ	

2. INFORMES Y DOCUMENTOS

Negociación colectiva en Andalucía durante 2014	183
---	-----

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA	
Universidad de Cádiz	
La delimitación de la circunscripción electoral en las elecciones a representantes de los trabajadores	207
MARÍA DEL JUNCO CACHERO	
 RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO	
Universidad de Sevilla	
Ineficacia de la conversión en indefinido no fijo en el sector público conforme a la Directiva 1999/70/CE	219
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Vigo

La conversión de tiempo completo a tiempo parcial por la vía del art. 41 ET: el principio de voluntariedad en clave de principio igualdad	235
BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO	

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

La actualización y revalorización de pensiones y el principio de retroactividad	265
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía	291
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

FE DE ERRATAS

En el número anterior de la Revista, 128/2015, se deslizó por error una falta en el segundo apellido de la autora Nancy Sirvent, tanto en el índice (página 5), como en el texto de su trabajo (página 139) y la contraportada, que debe entenderse Hernández y no Fernández.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

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

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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

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

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a la Revista -que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (*abstract*) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (*key words*) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis. Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecorridos, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva* (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 129/2015
Second Trimester**

INDEX

1. STUDIES

The influence of the Labour Law on mediation applied to individual disputes work: qualitative study in the field of the SERCLA	13
ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO	
Work-life balance policies of women, labour market and demographic challenges	55
FRANCESCA MALZANI	
Employment policy and one year trial period: from the dual perspective of constitutional and international criticism.....	79
MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ	
The reduction in working hours for family reasons: critical points in the judicial doctrine	107
PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS	
Termination of the fixed contract non-permanent for coverage or amortization of the job position	133
MARGARITA ARENAS VIRUEZ	

2. REPORTS AND DOCUMENTS

Collective bargaining in Andalusia during 2014.....	183
---	-----

3. JUDICIAL COMMENTS

REPRESENTATION AND COLLECTIVE PARTICIPATION	
University of Cádiz	
The delimitation of workplace in elections to worker representatives	207
MARÍA DE JUNCO CACHERO	
EMPLOYMENT CONTRACT REGIME	
University of Seville	
Ineffectiveness of the conversion to indefinite not fixed in the public sector according to the directive 1999/70/CE	219
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	

EMPLOYMENT CONTRACT REGIME

University of Vigo

The conversion of full-time part-time by way of article 41 ET: the principle of voluntarism in principle equal key	235
BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO	

SOCIAL SECURITY BENEFITS

University of Málaga

Updating and revaluation of pensions and the principle of retroactivity	265
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia	291
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

ERRATA

In the last number of the Review, 128/2015, slipped by mistake a lack in the second surname of author Nancy Sirvent, in the index (page 5), as in the text of her work (page 139) and the back cover, which should be understood as Hernández and not Fernández.

LA INFLUENCIA DEL DERECHO LABORAL EN LA MEDIACIÓN APLICADA A CONFLICTOS INDIVIDUALES DE TRABAJO: ESTUDIO CUALITATIVO EN EL ÁMBITO DEL SERCLA

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO*

Profesor Contratado Doctor (Titular Acreditado)

Universidad de Cádiz

“[...] durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra [...] En esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe; donde no hay ley, no hay justicia.”
T. HOBBS. “Leviatán”

EXTRACTO

Palabras clave: Mediación; conflictos individuales; movilización de derechos laborales

Este trabajo parte de la convicción de que la Ciencia del Derecho necesita aproximarse al estudio de la práctica jurídica, utilizando, cuando ello es oportuno, técnicas de investigación social, combinadas con el análisis jurídico tradicional para comprender el efecto que despliegan las normas y principios jurídicos sobre la vida real de las personas. Con esta premisa se ha llevado a cabo un trabajo empírico cualitativo –a través de la observación participante–, en el escenario concreto de la mediación de conflictos individuales de trabajo que se practica en el SERCLA, que constituye un terreno fronterizo entre la negociación cotidiana del conflicto laboral y la movilización judicial del Derecho del Trabajo.

El análisis revela la necesidad de la institución de transformar temporalmente los conflictos jurídicos en conflictos de intereses, así como la influencia “subterránea” del Derecho en los procesos de negociación desarrollados en su seno y examina el papel de los profesionales que asesoran a las partes. Por otra parte, se aprecia con claridad cómo el Derecho del Trabajo puede equilibrar –o desequilibrar– las relaciones de poder entre las partes, favoreciendo o desfavoreciendo una negociación adecuada en base a la composición de intereses.

ABSTRACT

Key words: Mediation; individual disputes; mobilization of labour rights

This work is based on the conviction that the science of law needs to approach to the study of the legal practice, using, when this is appropriate, social research techniques, combined with the traditional legal analysis to understand the effect that display rules and legal principles about the real life of the people. With this premise participant-, is carried out a qualitative empirical work - through observation in the concrete stage of the mediation of individual labour disputes that is practiced in the SERCLA, which is a border land between everyday negotiation of the dispute and the legal mobilization of the labour law.

The analysis reveals the need for the institution to temporarily transform legal conflicts in conflicts of interest, as well as the “underground” influence of the right in the negotiation processes developed in her womb and examines the role of professionals who provide advice to the parties. On the other hand, you can see clearly how the labour law can balance - or imbalance - the relations of power between the parties, favoring or disadvantaging a negotiating appropriate based on the composition of interests.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA
2. EL CONTEXTO: MEDIACIONES INDIVIDUALES EN EL SERCLA
3. ESPECIFICIDADES DE LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS JURÍDICOS
4. EL DISCURSO Y LA PRÁCTICA DE LA INSTITUCIÓN
 - 4.1. La mutación de la naturaleza del conflicto
 - 4.2. La presencia subterránea del Derecho
 - 4.2.1. Perspectiva jurídica y objetivos de la mediación
 - 4.2.2. El Derecho como marco que delimita las soluciones posibles
 - 4.2.3. La coacción judicial como la alternativa más directa al desacuerdo
5. EL PAPEL DE LOS “EXPERTOS”
6. LA PERCEPCIÓN DEL DERECHO POR LAS PARTES
7. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

Este artículo parte de una serie de premisas epistemológicas que han sido expuestas y justificadas con más detalle en un trabajo anterior¹. De acuerdo con ellas, el conocimiento del Derecho -para propósitos científicos, profesionales o docentes- debe abarcar necesariamente el análisis de la práctica jurídica, es decir, de la actividad humana que asume como referencia las normas y principios considerados “jurídicos” y que se percibe como significativa o relevante desde una perspectiva interna al Derecho. Por otra parte, el Derecho no solo despliega eficacia cuando las instituciones estatales lo aplican formalmente, sino que también cumple un importante papel de influencia indirecta en la negociación cotidiana del conflicto, que se realiza de un modo u otro “a la sombra” del Derecho².

* La formación en la técnica de la observación participante -facilitada por la doble condición del autor de jurista y antropólogo- ha sido esencial para realizar este trabajo. Por otra parte, la búsqueda de nuevas metodologías para la evaluación del Derecho se vincula a las tareas del proyecto de investigación DER 2012-33178 “Evaluación sustantiva de las reformas laborales. Una metodología interdisciplinar”. Es preciso agradecer los comentarios al borrador de la profesora Eva Garrido Pérez y la colaboración del SERCLA como institución y, en especial, la ayuda continua que el autor ha recibido por parte de Emilio Sambucety Martín y José María Reguera Benítez, sin la cual este trabajo no hubiera sido posible.

¹ A. Álvarez del Cuvillo, “Una aproximación metodológica al problema de la eficacia de las normas laborales”, RDS, n° 59, 2012, *per totum*. Sobre el realismo jurídico, *Vid.* W.E. Rumble *American legal realism*, Cornell University Press, Ithaca, 1968.

² K. Albiston, “Bargaining in the shadow of social institutions: competing discourses and social change in workplace mobilisation of Civil Rights”, *Law and Society Review*, Vol. 39, n° 1, 2005, *per totum*.

El examen en profundidad de la práctica jurídica exige la aplicación de técnicas de investigación social que no son habituales entre los juristas, pero que pueden aprenderse como herramientas útiles para obtener conocimiento. Los juristas pueden aplicar estas técnicas con objetivos de investigación muy diferentes a los que rigen la actuación de los demás científicos sociales. Por otra parte, el examen de la realidad social con propósitos puramente jurídicos exige un cierto conocimiento del Derecho desde la perspectiva interna o doctrinal.

A partir de estos planteamientos metodológicos, este trabajo pretende explorar algunas formas de influencia indirecta del Derecho en las relaciones de trabajo asalariado a través de la observación de un escenario determinado por medio de técnicas de investigación cualitativas. El escenario escogido en este caso ha sido el de la mediación de conflictos individuales en el Sistema Extra-judicial de Resolución de Conflictos de Andalucía (SERCLA).

La mediación formalizada que se realiza en el SERCLA es un campo apropiado para este propósito debido a su carácter fronterizo entre la gestión cotidiana del conflicto social en las empresas y la manifestación formal de este conflicto en el seno de los órganos estatales encargados de la aplicación del Derecho. En este marco, el conflicto se plantea de manera formal y explícita y resulta posible asistir a la negociación desarrollada por las partes para contemplar la interrelación del discurso jurídico con la lógica de los intereses de cada una de las partes.

En otro orden de cosas, este estudio se centra únicamente en las mediaciones “individuales”. Por otra parte, no se dedica de manera específica a una sola institución del contrato de trabajo, sino que adopta una perspectiva general. Otros trabajos posteriores podrían centrarse en las relaciones colectivas, o bien combinar el estudio doctrinal de instituciones concretas con el análisis de la práctica en escenarios diversos.

Este trabajo tiene un carácter muy novedoso por su objeto y metodología, de modo que asume un cierto carácter limitado y exploratorio. Incluso en el ámbito de las Ciencias Sociales son muy escasos los trabajos empíricos sobre mediación laboral y aún menos comunes los que utilizan las técnicas cualitativas³. Así pues, las conclusiones preliminares de esta investigación pueden ser

³ “*However, only thirteen empirical papers have been published on workplace mediation in the last twenty years and often they are very general and policy-oriented [...] most research on workplace mediation has been based on postmediation survey data provided by disputants [...] In*

enriquecidas, confirmadas o refutadas por estudios posteriores que se pudieran plantear en esta línea.

La técnica principal que se ha utilizado ha sido la “observación participante”, herramienta básica de los trabajos de campo en Etnografía, pero que en la actualidad se ha extendido a otras ciencias sociales. Esta técnica se basa en la observación directa del espacio social objeto de estudio a partir de una perspectiva científica, orientada por premisas teóricas y produciendo los datos a través de procedimientos sistemáticos (por ejemplo, el uso del “diario de campo”). La observación participante exige una determinada actitud en el campo que implica al mismo tiempo una presencia activa que permita comprender la realidad desde su lógica interna y una cierta distancia que posibilite el análisis científico y la fidelidad a la realidad observada⁴. La ventaja que tiene sobre otras técnicas de investigación cualitativas, como las entrevistas en profundidad o los grupos de discusión, es que no solo muestra el discurso de los actores sociales (“lo que la gente dice”) sino también el modo en el que este discurso se encarna en la práctica (“lo que la gente realmente hace”)⁵.

La mayor parte de la observación se ha referido directamente a una serie de actos de mediación⁶. De manera complementaria, la observación se ha ampliado a otras interacciones sociales producidas fuera de los actos de mediación pero conectadas de algún modo con estos (como conversaciones informales con los mediadores o las partes). Por otra parte, esta información se ha complementado

practice observation is rarely used because the disputants often perceive it to be intrusive and threatening” K. Bollen y M. Euwema, “Workplace Mediation: An Underdeveloped Research Area”, *Negotiation Journal*, nº 29, 2, 2013, p. 348.

⁴ “La observación participante exige la presencia en escena del observador, pero de tal modo que éste no perturbe su desarrollo; es decir, como si no sólo por el hábito de la presencia del investigador, sino por las relaciones sociales establecidas, la escena contara con un nuevo papel, accesorio a la propia acción, pero incrustado en ella ‘naturalmente’”, H. Velasco y A. Díaz de Rada, *La lógica de la investigación etnográfica: un modelo de trabajo para etnógrafos de escuela*, 4ª Edición, Madrid, Trotta, 2004, p. 24.

⁵ A.A. García y E. Casado, “La práctica de la observación participante. Sentidos situados y prácticas institucionales en el caso de la violencia de género”, en AAVV (Coord. Ángel J. Gordo López y Araceli Serrano Pascual), *Estrategias y prácticas cualitativas de investigación social*, Pearson, Madrid, 2008, pp. 49, 51 y 59.

⁶ Por motivos de espacio ha sido necesario omitir la descripción detallada del modo en que se ha desarrollado la investigación: control del efecto de la presencia del investigador, registro de la información, elaboración del diario de campo, etc, que, aunque podrían ser relevantes para controlar el rigor de la investigación, no son de especial interés para los juristas destinatarios de este texto.

con el análisis de la documentación del SERCLA relacionada con estos conflictos (papeletas de conciliación y actas) y con la información institucional de este organismo.

En todos los estudios empíricos basados en técnicas cualitativas se plantea de algún modo el problema de la representatividad de los resultados, esto es, el grado en que estos pueden extrapolarse al conjunto de la sociedad, dado que necesariamente se refieren a muestras muy pequeñas que impiden hacer generalizaciones estadísticas⁷.

En realidad, las técnicas cuantitativas y cualitativas proporcionan distintos tipos de conocimiento que se complementan entre sí. Las técnicas cuantitativas proporcionan información respecto a la frecuencia de los acontecimientos observados. En cambio, las técnicas cualitativas permiten un análisis más profundo de los contextos en los que los acontecimientos se producen. Este trabajo no pretende formular proposiciones relativas a la frecuencia, sino más bien desarrollar premisas teóricas que amplifiquen la comprensión del fenómeno estudiado, como sucede también con las investigaciones basadas en experimentos o estudios de casos⁸. Así, por ejemplo, los iuslaboralistas frecuentemente utilizan resoluciones judiciales o convenios colectivos para detectar y comprender determinados problemas jurídicos, sin analizar las muestras en términos estadísticos.

De cualquier modo, se ha procurado que las circunstancias anecdóticas de cada caso no desvirtúen la perspectiva general del desarrollo de las mediaciones en el SERCLA, a partir de tres estrategias:

En primer lugar, el número de mediaciones observadas (14 en un período de 6 meses) ha sido significativo respecto a la actividad normal del sistema en la provincia (75 durante el año 2014). Se han presenciado mediaciones en las tres sedes, aunque predomina la de Jerez, que por otra parte, es la que destaca en

⁷ M. Hammersley, P. Atkinson, *Etnografía: métodos de investigación*, Segunda Edición, Paidós, Barcelona, 1994, p. 58.

⁸ “The short answer is that case studies, like experiments, are generalizable to theoretical propositions and not to populations or universes. In this sense, the case study, like the experiment, does not represent a ‘sample’ and in doing a case study, your goal will be to expand and generalize theories (analytic generalization) and not to enumerate frequencies (statistical generalization), R.K., Yin, *Case Study Research: Design and Methods*, Fourth Edition, SAGE Inc., 2009, p. 15. Sobre el valor intrínseco del trabajo cualitativo, con independencia del problema de la representatividad, Vid. M. Hammersley, P. Atkinson, *Op. Cit.* p. 58.

términos generales por el volumen de conflictos individuales. Estas mediaciones se han referido a temas diversos (modificaciones sustanciales, traslados, licencias y permisos o vacaciones), permitiendo analizar distintos tipos de conflicto. Aunque en las mediaciones observadas predomina claramente la materia de “modificaciones sustanciales”, esto se corresponde con el volumen de mediaciones referidas a esta materia de acuerdo con las estadísticas de la institución⁹.

En segundo lugar, lo observado en cada una de las mediaciones se ha contrastado con el análisis de los documentos de todo tipo emanados de la institución, con las estadísticas oficiales y con la bibliografía general y específica disponible. A este respecto, existen varios estudios sobre las mediaciones laborales en el sistema andaluz¹⁰. Algunos de los trabajos disponibles han llevado también a cabo tareas de observación de los equipos de mediadores, lo cual permite un mayor contraste¹¹.

⁹ Durante 2014 en la provincia de Cádiz se tramitaron 46 conflictos de modificaciones sustanciales y 5 de traslados de un total de 75.

¹⁰ Sobre el régimen jurídico del SERCLA, Vid. S. Olarte Encabo y M.I. Granados Romera, “Capítulo Tercero: Andalucía”, en AAVV (dir. A.V. Sempere Navarro), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Op. Cit., pp. 109-135; respecto al modelo de mediación del SERCLA desde una perspectiva psicológica, Vid. F.J. Medina, V. Vilches, M. Otero, L. Munduate, “How negotiators are transformed into mediators. Labor conflict mediation in Andalusia”, *Journal of Work and Organizational Psychology*, n° 30, 2014; R. Martínez-Pecino, L. Munduate, F. J. Medina, “La gestión de conflictos laborales por medios extrajudiciales”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 29 (1), 2008. (a pesar del título genérico examina la realidad del SERCLA); R. Martínez-Pecino, L. Munduate, F. J. Medina y M.C Ewema, “Effectiveness of Mediation Strategies in Collective Bargaining”, *Industrial Relations*, Vol. 47, n° 3, también se refiere al sistema del SERCLA y expone los datos producidos por un estudio empírico respecto de las técnicas utilizadas por los mediadores del sistema.

¹¹ Los tres trabajos psicológicos mencionados anteriormente utilizan de manera detallada los datos de un informe de investigación realizado para el CARL en 2004 y no publicado, en el que se examinaron 25 casos de mediación. Por otra parte, se ha examinado también un Trabajo Fin de Máster no publicado que lleva a cabo la técnica de la observación participante en el SERCLA de Cádiz: M.A. Utrera Domínguez, *Los principios de la actuación mediadora en el sercla*, Trabajo Fin de Máster dirigido por la profesora Francisca Fuentes Rodríguez y defendido en septiembre de 2014 en la Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Cádiz. Este trabajo recoge las conclusiones de un proceso de inmersión en la institución llevado a cabo durante doce semanas, asistiendo a un total de 17 sesiones de mediación, que abarcaron un total de 14 asuntos distintos, la mayoría de ellos de carácter colectivo (pp. 28-29). El autor hace algunas observaciones de tipo etnográfico como las referidas al equipo humano (pp. 22-24) y el uso del espacio físico (pp. 25) que resultan de interés, aunque aquí no se tratan.

En tercer lugar, una vez finalizadas las tareas de observación se ha realizado una entrevista en profundidad a D. Emilio Sambucety Martín¹². El entrevistado reúne diversas características que lo convierten en lo que en Antropología se llama un “informante bien informado”¹³. En primer lugar, es el Coordinador de la provincia, por lo que puede proporcionar una visión global muy autorizada de lo que sucede en las tres sedes y también en otras provincias de Andalucía. En segundo lugar, desempeña la mayor parte de sus tareas en la sede de Algeciras, que ha sido la menos visitada (2 casos de 14). En tercer lugar y en relación con lo anterior, aunque el entrevistado ejerce funciones de secretario, la mayoría de las mediaciones que se han podido observar (11 de 14) se llevaron a cabo ante el otro secretario de la provincia. En cuarto lugar, el entrevistado, al igual que el investigador, es titulado tanto en Derecho como en Antropología Social y Cultural, lo que facilita su sintonía con la perspectiva de análisis que se sigue en este trabajo. En quinto lugar, ha ejercido funciones de mediador en los inicios del sistema, antes de incorporarse como funcionario a la Junta de Andalucía, de manera que ha tenido también la perspectiva del mediador y no solo la del funcionario de apoyo del sistema.

¹² En K. Bollen y M. Ewema “Workplace Mediation...”, *Op. Cit.* p. 348, se plantea la conveniencia de “triangular” la información acerca de la mediación completando el trabajo de observación con encuestas y entrevistas. En este caso, la entrevista se llevó a cabo el día 27 de marzo de 2015 en la sede de Algeciras. Se planteó como una entrevista semi-estructurada de preguntas básicamente abiertas y tuvo una duración aproximada de una hora y veinte minutos. La conversación fue grabada y analizada posteriormente.

¹³ *Vid.* H. Velasco y A. Díaz de Rada, *Op. Cit.* pp. 33-34.

TABLA: ESQUEMA DE LOS CASOS OBSERVADOS

CASO	FECHAS SESIONES	SEDE	MATERIA	CONFLICTO	ACUERDO
Caso 1	02/10/14	Cádiz	Modificación sustancial (categoría / salario)	Se pretende el mantenimiento de las condiciones económicas anteriores a una modificación de categoría.	No (no asiste la empresa)
Caso 2	03/10/14 15/10/14	Jerez	Modificación sustancial (reducción salario)	Se busca el cumplimiento de un acuerdo anterior de salarios alcanzado en el SERCLA aunque la empresa esté en concurso	Si
Caso 3	03/10/14	Jerez	Vacaciones	Determinación de la fecha de vacaciones (y pago de las vacaciones del año anterior)	Si
Caso 4	11/9/14 (previa al trabajo de campo) 17/10/14	Jerez	Modificación sustancial (horario)	Cambio de horario implica trabajar en fines de semana.	No
Caso 5	15/10/14 (no asiste empresa) 28/10/14 11/11/14	Jerez	Modificación sustancial (reducción salario)	Reducción de salario a la mitad sin procedimiento.	Si
Caso 6	18/11/14	Cádiz	Modificación sustancial (horario)	La trabajadora tenía reducción de jornada y había pactado concreción horaria. Cambio de este horario.	No (no asiste la empresa)
Caso 7	25/11/14	Jerez	Modificación sustancial (cartera de clientes)	Comercial que después de una baja larga pierde cartera de clientes y otras condiciones.	No
Caso 8	26/11/14 02/12/14 23/01/15	Cádiz	Modificación sustancial (horario)	Cambio de horario al regresar de un ERTE y unas vacaciones	Si
Caso 9	16/02/15	Jerez	Vacaciones	La trabajadora desea seguir disfrutando de sus vacaciones en los meses de verano e incluso presenta preferencia por fechas exactas.	No
Caso 10	18/02/15	Jerez	Modificación sustancial/ Traslado	Conflicto plural. Cierra un centro de trabajo y varias trabajadoras son trasladadas a otros centros sin procedimiento. Se pide la nulidad y en cualquier caso la extinción unilateral indemnizada de los contratos.	No
Caso 11	23/02/15	Jerez	Traslado	La trabajadora trasladada pide paso a otra sociedad (posible subrogación) o bien la extinción de su contrato siendo indemnizada.	No
Caso 12	11/03/15	Cádiz	Permisos (lactancia)	Trabajador varón solicita permiso de lactancia y la empresa la deniega porque su esposa está desempleada	No
Caso 13	27/03/14	Algec.	Permisos / Vacaciones	Permiso de dos días por intervención quirúrgica del cónyuge con prescripción de reposo denegado porque la trabajadora estaba de vacaciones. Se acumulan papeletas paralelas que piden o dos días de permiso o dos días de vacaciones.	No
Caso 14	27/03/14	Algec.	Modificación sustancial (jornada y funciones)	Modificación del contrato que impide o dificulta una subrogación, al cambiar la actividad.	No (no asiste una de las dos empresas pero el acto se desarrolló)

2. EL CONTEXTO: MEDIACIONES INDIVIDUALES EN EL SERCLA

Como es sabido, a partir de mediados de los ochenta -y, sobre todo, en la década de los noventa- comienzan a configurarse en España una serie de sistemas de resolución pacífica de conflictos laborales a partir de acuerdos interprofesionales pactados entre los interlocutores sociales más representativos en su ámbito de aplicación. En la actualidad, este entramado de sistemas creados por acuerdos interprofesionales incluye un sistema estatal de resolución autónoma de conflictos (SIMA) y 17 sistemas autonómicos (uno por cada Comunidad Autónoma)¹⁴.

Con carácter general, estos sistemas fueron concebidos inicialmente para resolver conflictos colectivos. No obstante, progresivamente se ha ido añadiendo la posibilidad de establecer mecanismos para la resolución de controversias de carácter individual o plural. Respecto a esta cuestión, los acuerdos autonómicos son muy diversos¹⁵. El SERCLA es el sistema autónomo de resolución de conflictos actualmente vigente en Andalucía. En un primer momento, este sistema se refería exclusivamente a los conflictos colectivos. No obstante, a partir de 2005 se establece un sistema progresivo de incorporación de determinados conflictos individuales, primero en Sevilla, luego en Almería y Huelva y, por último, en toda Andalucía¹⁶.

¹⁴ Vid., por todos, M. Porret Gelabert, “Los medios extrajudiciales autónomos de resolución de conflictos laborales”, RL, nº 7, 2007 (tomo I); J.L. Gil y Gil, “La solución negociada de los conflictos individuales de trabajo”, RL, nº 23/2007 (tomo 2); M. Encarnación Gil Pérez, *La solución autónoma de los conflictos laborales*, La Ley, Madrid, 2012; García Álvarez, R., “El papel de la mediación en la resolución del conflicto individual de trabajo”, Trabajo y Derecho, nº 2/2015, p. 45. Para una descripción del régimen jurídico de cada uno de estos sistemas, puede consultarse, AAVV (dir. A.V. Sempere Navarro), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales: los sistemas autónomos de solución de conflictos en España*, Ed. Eolas, 2014.

¹⁵ En algunos casos, los conflictos individuales están completamente excluidos -por ejemplo, en el SIMA estatal-; en otros casos la posibilidad de tramitar conflictos individuales está prevista, pero suspendida por razones económicas (por ejemplo, el Jurado Arbitral de Castilla-La Mancha); en algunos sistemas, más allá de los conflictos colectivos, se asumen únicamente los de carácter plural relativos a vicisitudes del contrato a iniciativa del empresario (como el SASEC de Asturias); en otros sistemas, la asunción de conflictos individuales es muy amplia (por ejemplo, en el SAMA de Aragón o el TAMIB de Baleares) o casi absoluta (TLN de Navarra); por último, en algunas comunidades autónomas, como en la andaluza, el sistema abarca a un grupo relativamente reducido de conflictos individuales.

¹⁶ Puede seguirse esta tendencia a partir del texto de los distintos Acuerdos Interprofesionales (3 de abril de 1996, 4 de marzo de 2005, 16 de marzo de 2007 y 6 de febrero de 2009).

La regulación vigente del sistema se encuentra en el Acuerdo Interprofesional de 7 de enero de 2015, que establece, en su estipulación Tercera, punto 3.2, siguiendo las pautas del Acuerdo de 2005, que el SERCLA incluye los siguientes conflictos de carácter individual o plural: a) clasificación profesional, movilidad funcional y trabajos de superior e inferior categoría; b) conflictos en materia de licencias, permisos y reducciones de jornada, incluyendo aquellos que se refieren a cuidado de hijos y familiares; c) conflictos en materia de determinación del disfrute de las vacaciones; d) movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo; e) reclamaciones económicas relacionadas con las materias anteriores.

Como se verá más adelante con mayor profundidad, todos estos conflictos son de carácter “jurídico”, es decir, se refieren a la interpretación y aplicación del Derecho y podrían ser resueltos por el poder judicial. Ciertamente, en algunos casos, como la determinación de la fecha de disfrute de vacaciones o la concreción horaria de las reducciones de jornada para el cuidado de hijos o familiares, la resolución judicial parece dictarse “en equidad”¹⁷, si el proceso se contempla desde una perspectiva “externa” al ordenamiento jurídico. Por supuesto, esto es inexacto desde el punto de vista jurídico-formal, dado que en el sistema judicial español, los jueces y Tribunales siempre han de resolver los problemas en base a argumentos jurídicos; no obstante, en la práctica los principios jurídicos a aplicar son muy genéricos, en contraste con la necesidad de ponderar los intereses de las partes en el caso concreto de manera casuística. Así, este tipo de problemas son muy apropiados para la mediación, dado que resulta oportuno que sean las partes mismas, en lugar de un tercero, las que hagan la correspondiente ponderación de intereses y que, por otra parte, el procedimiento judicial tiende a ser especialmente rígido y estructurado, dificultando que la composición de intereses se haga de manera apropiada¹⁸.

Por otra parte, la mayoría de estos supuestos requieren una especial celeridad en su resolución, porque el retraso en la solución judicial podría hacer

¹⁷ M.L. Arastey Sahun, “Revisando la utilización de la mediación en el ámbito de las relaciones laborales”, *Diario La Ley*, n° 8208, 2014, pp. 3-4; M.J., López Álvarez, “Solución de conflictos laborales individuales en clave de mediación”, *RTSS, CEF*, n° 377-378, 2014, pp. 14, 25 y 29.

¹⁸ Solo en relación con la conciliación de la vida familiar y laboral se añade una especialidad procedimental que permite una cierta composición de intereses en la resolución jurídica; según esta, cada parte deberá llevar sus propuestas y alternativas de concreción [art. 139.1 a) parr. 3°]. En todo caso, más allá de la actividad que pueda llevarse a cabo en la conciliación judicial, se mantiene el esquema tradicional del proceso.

decaer, e incluso desaparecer, el interés que había suscitado el conflicto. Por este motivo, varios de estos conflictos se tramitan por modalidades procesales especiales, de carácter urgente y preferente: así sucede con la determinación de las vacaciones (art. 126 LJS), la modificación sustancial o movilidad geográfica (art. 138.5 LJS) y la conciliación de la vida familiar y laboral [139.1 b) LJS]. Esta necesidad de celeridad extrema hace muy conveniente -al menos para el trabajador- el recurso a mecanismos de solución autónomos, razón por la cual el SERCLA ofrece a las partes en estos casos la posibilidad de acudir voluntariamente al sistema, si bien la conciliación o mediación previa no es obligatoria, precisamente debido a la sumariidad de estos procedimientos (art. 64.1 LJS). Por otra parte, el sistema cubre la conciliación o mediación obligatoria en materia de clasificación profesional y en los conflictos de licencias y permisos que no estuvieran relacionados con la conciliación entre la vida familiar y la profesional.

El procedimiento de conciliación-mediación se regula en el reglamento aprobado por la Comisión de Seguimiento el 6 de febrero de 2009¹⁹. La iniciación se produce a través de un escrito de parte, similar a una “papeleta de conciliación” o demanda judicial. El acto de mediación es realizado por una Comisión de Conciliación-Mediación -en adelante, CCM- compuesta por dos mediadores, uno en representación de la patronal y otro en representación de las organizaciones sindicales firmantes del Acuerdo Interconfederal y un secretario, que debe ser un funcionario “de acreditada cualificación profesional en materia jurídico-laboral”.

De acuerdo con las estadísticas oficiales²⁰, el número de conflictos individuales o plurales tramitados por el sistema es claramente inferior al de conflictos colectivos²¹. En lo que refiere a las materias tratadas, se aprecia en todas las provincias y en diversos períodos una desproporción en favor por las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo. El promedio de sesiones para cada expediente en Andalucía fue de 1’18 y la duración media de cada sesión fue de 44’23 minutos.

¹⁹ Modificado por acuerdo de 30-11-2009 para incluir la tramitación común de conflictos plurales.

²⁰ <<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/informes-y-estadisticas1>> Los datos que se citan a continuación se corresponden con los informes anuales para conflictos individuales y colectivos del año 2014 en su totalidad.

²¹ Así, por ejemplo, durante el año 2014, se tramitaron en toda Andalucía 423 expedientes individuales o plurales y 880 colectivos (esta pauta se reproduce en todas las provincias y en distintos años)

Los porcentajes de avenencia en los conflictos individuales y plurales son en general más bajos que en los conflictos colectivos (37'06% frente a 44'60% en toda Andalucía). No obstante, durante el año 2014 fueron bastante superiores en la provincia de Cádiz (54'72% destacando la sede de Algeciras con un 66'6% de avenencia) y en este caso, de manera excepcional se ha superado el porcentaje de avenencia en los colectivos (48'51%)²². Por otra parte, en el marco de los conflictos colectivos, las tasas de acuerdo son superiores en los conflictos de intereses respecto a los conflictos jurídicos²³.

3. ESPECIFICIDADES DE LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS JURÍDICOS

Como es sabido, la doctrina iuslaboralista ha distinguido tradicionalmente entre conflictos “jurídicos” y “económicos” o “de intereses”, si bien a mi juicio estos términos son algo imprecisos y resulta más apropiado denominarlos “conflictos de aplicación e interpretación del Derecho” y “conflictos de regulación de intereses”. Esta distinción se corresponde con una perspectiva “interna” al discurso jurídico, dado que se refiere al modo en el que “el Derecho” percibe los conflictos laborales; en efecto, el discurso jurídico pretende aportar soluciones a todos los conflictos de la sociedad, por lo que lógicamente divide los conflictos entre aquellos que se resuelven a través de la aplicación del Derecho existente y aquellos en los que se pretende precisamente modificar las normas y obligaciones vigentes.

²² En opinión del Coordinador provincial, esta diferencia con las demás provincias se debe fundamentalmente a las habilidades de mediación que tienen los mediadores en la zona y a la “cultura específica” de los equipos de mediación en la provincia, que tiende -especialmente en la sede de Algeciras- a apurar al máximo las posibilidades del acto de mediación, de modo que se obtienen acuerdos en situaciones que *a priori* no parecían propicias para ello.

²³ A la misma conclusión llegan otros análisis anteriores: R. Martínez-Pecino, L. Munduate, F.J. Medina y M.C. Ewema “Effectiveness... “ *Op. Cit.* F.J. Medina, V. Vilches, M. Otero, L. Munduate, “How negotiators.. *Op. Cit.* pp. 137-138 (incluye una tabla con datos de 1999 a 2013). La mayor facilidad de acuerdo en los conflictos de regulación de intereses se detecta también en otros sistemas autonómicos. Así, por ejemplo, en el SAMA de Aragón, según su página web, la tasa de acuerdo en los conflictos colectivos de intereses es del 65'91%, mientras que si se consideran todos los tipos de discrepancia es del 44'3%. Este último porcentaje es inferior a la tasa de acuerdo en conflictos individuales por todos los conceptos (55'54%), lo que podría deberse al elevado porcentaje de acuerdo en materia de despido (63'94%), atribuible a las características de la regulación de esta institución en el ordenamiento español (el carácter tasado de las indemnizaciones contribuye a facilitar la identificación de la alternativa a la falta de acuerdo).

Desde una perspectiva “externa” al discurso jurídico, todos los conflictos son “de intereses”; lo que ocurre es que, en función de diversos condicionamientos y estrategias, en ocasiones las partes “movilizan” de algún modo el ordenamiento jurídico en defensa de sus intereses y en otros casos no lo hacen. Así pues, en realidad la determinación del tipo de conflicto no depende de la “naturaleza de las cosas”, sino de la consideración de si las partes movilizan o no el Derecho como herramienta o arma para la obtención de sus pretensiones²⁴.

En este contexto, como se ha indicado anteriormente, los conflictos individuales o plurales sometidos al SERCLA son siempre básicamente de aplicación o interpretación del Derecho, dado que operan como vía previa al ejercicio de la acción judicial e implican la movilización formal del ordenamiento jurídico a través de la presentación de un escrito de iniciación similar a una demanda²⁵ en el que los argumentos se presentan de modo que puedan configurarse como la “causa de pedir” de un proceso judicial.

Como se ha señalado anteriormente, los porcentajes de acuerdo son sustancialmente inferiores en los conflictos jurídicos en comparación con los conflictos de intereses. Esto se debe en gran medida a las tensiones que existen entre la lógica del Derecho y la lógica de la autocomposición de intereses. En efecto, el Derecho canaliza los conflictos de la sociedad predeterminando en el texto normativo las eventuales soluciones para los problemas que puedan producirse en el futuro. Por supuesto, en la práctica es imposible que la solución a todos los conflictos pueda estar predeterminada, pero incluso en los casos en los que el supuesto de hecho no puede subsumirse fácilmente en una norma, el discurso jurídico necesita construir la ficción de que esto sucede. El juez debe utilizar diversas técnicas de interpretación e integración para determinar una solución que tiene que presentarse en el discurso como si fuera la única solución que resulta apropiada.

²⁴ Así pues, la distinción entre uno y otro tipo de conflicto, tiene un carácter puramente pragmático, como señala E. Gil Pérez, *Op. Cit.*, p. 71.

²⁵ Como es sabido, el art. 80.1 c) LJS establece que los hechos de la demanda deben coincidir sustancialmente con los alegados en la conciliación o mediación previas. Lo más razonable es suponer que este principio de congruencia se aplica exclusivamente a los supuestos en que la conciliación o mediación previa es obligatoria, que son la minoría, pero en cualquier caso la regla reproduce una práctica profesional generalizada según la cual la demanda está casi completamente preconfigurada en la papeleta de conciliación. Así, aunque el SERCLA tiene un formulario más sencillo para presentar la solicitud de mediación, es menos común que el documento asimilable a una “demanda”.

Existe una fuerte tendencia a que las negociaciones en los conflictos jurídicos se rijan por una lógica binaria (legal/ilegal, correcto/incorrecto) y se basen en posiciones más que en intereses. Esto reduce las posibilidades de una negociación “integrativa”, es decir, aquella en la que no hay ganadores ni perdedores porque se encuentran soluciones que satisfacen los intereses de ambas partes²⁶. Desde una perspectiva jurídica, la resolución del conflicto consiste en determinar qué es “lo correcto”, lo que a menudo implica (aunque no siempre), dar la razón a una de las partes.

Por consiguiente, la parte envuelta en un conflicto planteado como “jurídico”, de un lado se siente inclinada a sostener que el Derecho ampara su pretensión o resistencia y que, por tanto, su posición es “correcta” y la posición contraria es “incorrecta”; así pues, en principio tienen la expectativa de que los órganos judiciales van a acoger sus pretensiones si no existe acuerdo. Por supuesto, los profesionales del Derecho que eventualmente asistan a las partes, si son competentes, estarán cognitivamente capacitados para comprender e incluso asumir posiciones jurídicas contrarias a los intereses que les corresponde defender. No obstante, en términos generales están demasiado vinculados a los intereses de parte como para que el debate puramente jurídico o doctrinal pueda ser fructífero de cara a la búsqueda de una solución negociada. Todo esto implica, como veremos más adelante, que en sede de mediación sea necesario convertir el conflicto jurídico en un conflicto de intereses.

4. EL DISCURSO Y LA PRÁCTICA DE LA INSTITUCIÓN

El “discurso de la institución” es el conjunto de representaciones que emana del SERCLA como estructura organizada -a través de diversos escritos- y de las personas que componen la CCM en cada caso (Secretario y mediadores). La experiencia de campo revela que, más allá de las diferencias individuales, atribuibles a elementos personales, este discurso es bastante homogéneo, de modo que el colectivo se presenta ante las partes como un equipo coordinado en

²⁶ Vid. R. Martínez-Pecino, L. Munduate, F.J. Medina, M.C. Ewema, “Effectiveness of Mediation Strategies in Collective Bargaining”, *Op. Cit.*, pp. 481-483, incluyendo referencia a la literatura científica en la materia. La escasa eficacia de una negociación basada en “posiciones” se pone de manifiesto ya en los textos clásicos de la escuela de Harvard; en este sentido, Vid., R. Fisher y W. Ury, *Getting to Yes: negotiating an agreement without giving in*, Random House Business Books, pp. 7-12.

torno a un objetivo común, que consiste básicamente en que las partes, si es posible, alcancen un acuerdo satisfactorio que evite el litigio judicial²⁷.

Este discurso debe gestionar una serie de paradojas que implican un continuo viaje “de ida y vuelta” entre la realidad extrajurídica y el mundo del Derecho. Como veremos a continuación, el conflicto jurídico debe transmutarse en un conflicto de intereses, pero al mismo tiempo, la influencia del Derecho sigue presente de manera subterránea.

4.1. La mutación de la naturaleza del conflicto

Aunque los conflictos individuales presentados al SERCLA siempre están formalizados como conflictos jurídicos, de acuerdo con lo observado en las sesiones, cuando existe un verdadero diálogo o negociación entre las partes, la discusión se base en argumentos extrajurídicos más que en apreciaciones sobre la interpretación de las normas aplicables al caso.

Esta situación es claramente alentada y favorecida de manera consciente por la institución, que pretende con ello evitar las dificultades anteriormente señaladas para la mediación en conflictos jurídicos²⁸. Este discurso se ha puesto de manifiesto expresamente tanto en las declaraciones de los mediadores dentro y fuera de los actos de mediación²⁹ como en la entrevista al Coordinador³⁰.

²⁷ Este discurso relativamente homogéneo de la CCM se debe claramente a la preocupación expresa de la institución por presentar una imagen unitaria. En este sentido, el Documento de “Carta de Compromisos de la Actuación Mediadora” aprobada por la Comisión de Seguimiento, establece en su apartado 5 que en el acto de apertura el equipo de mediación se presente de manera colegiada, sin ninguna identificación con las organizaciones de pertenencia. Por otra parte, en conversación informal, un mediador de la patronal en Algeciras (Casos 13 y 14) me confirmó que la opción por usar una vestimenta informal para no ser adscrito a una organización era consciente y derivaba de un consenso en el seno de la institución.

²⁸ Este proceso de mutación de la naturaleza del conflicto se aprecia también en otras experiencias de mediación. Así, García Álvarez, R. “El papel de la mediación...”, *Op. Cit.* p. 54, relata que en la experiencia piloto de mediación intrajudicial en los Juzgados de Madrid se utilizó un modelo basado en el alejamiento de los aspectos jurídicos del caso y el enfoque prioritario en las necesidades e intereses subyacentes.

²⁹ Así, por ejemplo, durante el acto de mediación del Caso 3, un mediador señaló “*Cuando entramos en la legalidad nos complicamos todo*” [...] “*Aquí no estamos para cumplir al dedillo lo que diga la ley*”. Del mismo modo, un mediador del Caso 6, en conversación informal indicó que “*Aquí no se suele utilizar mucho el derecho, no es como un arbitraje*”. También en una conversación informal en torno al Caso 13, el mediador “*Cuando nos tratamos de ceñir al tema legal, es precisamente cuando ‘la cagamos’*”. En todos estos casos, estas expresiones se complementaban

Ciertamente, como se ha explicado anteriormente, si no se consigue que las partes abandonen la lógica de la argumentación jurídica, la negociación se sostendrá sobre “posiciones” basadas en nociones binarias de lo correcto y lo incorrecto, difícilmente modificables. En cambio, si se abandona esta lógica y se presta atención a los intereses que subyacen a estas posiciones, se abre la posibilidad para encontrar -cuando ello es posible- soluciones creativas que satisfagan estos intereses de manera equilibrada (dentro de los límites que permita la relación de poder entre las partes), de acuerdo con un modelo de negociación “integrativa”.

A este respecto puede resultar ilustrativo el Caso 8, relativo a la modificación de horario de una limpiadora tras reincorporarse al trabajo después de un expediente de regulación de empleo temporal. La empresa no había considerado esta modificación como “sustancial” y, por tanto, no había seguido el procedimiento previsto en el ET. Al margen de otros factores personales y emocionales concurrentes en el conflicto, para la trabajadora el problema básico era que el nuevo horario le impedía asistir a su madre enferma a la hora del almuerzo. La empresa aducía que el cambio de horario era necesario por motivos organizativos y la trabajadora, en cambio, alegaba que era perfectamente posible una reestructuración de las tareas.

En este contexto, la estrategia de la CCM consistió básicamente en ayudar a las partes a buscar una solución a través de la cual pudieran satisfacerse en alguna medida tanto el interés personal de la trabajadora como el interés organizativo de la empresa. Así pues, para facilitar el proceso, la comisión se reunió de manera separada con el representante de la empresa, planteándole si era posible asumir la reorganización que solicitaba la trabajadora. La empresa señaló que no podía contratar nuevos trabajadores, dado que precisamente estaba aplicando suspensiones de contrato por causas empresariales y que tampoco era razonable modificar los horarios de otras siete trabajadoras, que tenían contratos a tiempo parcial, dado que esto implicaría un conflicto de mayor entidad. Los mediadores plantearon entonces a la empresa si estos eran los límites a un eventual acuerdo, con objeto de permitir la exploración de otras vías alternativas de reorganización

con matizaciones que se correspondían con lo que posteriormente denominaremos “presencia subterránea” del Derecho.

³⁰ *“Eso es intencionado y buscado porque es la única vía para llegar a un acuerdo... aquí hay dos claves: una es ser capaz de reconvertir el conflicto jurídico en un conflicto de intereses y la otra es ser capaz de gestionar emociones [...] “Una frase muy repetida por los mediadores que yo la repito mucho: nosotros no somos un órgano judicial, no entramos a valorar pruebas, no entramos a daros la razón”.*

que no tuvieran este efecto perjudicial sobre la empresa. Así pues, los argumentos extrajurídicos aducidos por la empresa se convirtieron en condicionamientos para un acuerdo futuro que permitían buscar nuevas posibilidades. Finalmente se alcanzó un acuerdo definitivo según el cual la trabajadora se alternaría por turnos mensuales en este horario problemático con la otra limpiadora que estaba a tiempo completo³¹.

El tratamiento del problema y la solución finalmente adoptada hubieran sido radicalmente distintos si se hubiera acudido a la vía judicial y a la lógica jurídica. En primer lugar, el juez hubiera tenido que determinar si la modificación era o no “sustancial”, cuestión que está sometida a cierta incertidumbre³². En segundo lugar, de considerarla sustancial, debería pronunciarse sobre si la ausencia de procedimiento implica que la modificación debe ser calificada como “injustificada” o como “nula”, problema respecto al que la Ley de la Jurisdicción Social no se pronuncia con total claridad³³. En tercer lugar, en caso de que el juez estimara las pretensiones de la trabajadora, lo más probable es que el conflicto se terminara resolviendo con una extinción indemnizada, por una u otra vía (arts. 41.3 ET y 138.7 LJS, art. 138.8 LJS o art. 139.9 LJS). En cuarto lugar, en caso de que el juez desestimara la demanda, subsistiría una situación de

³¹ Se alcanzó un primer acuerdo en la segunda sesión de mediación, que establecía el mantenimiento temporal del horario de la trabajadora. Más adelante, al cambiar la situación, la empresa volvió a imponerle el horario que le provocaba el perjuicio, lo que motivó una nueva solicitud de mediación que terminó con el acuerdo final.

³² De acuerdo con la jurisprudencia, la noción de “modificación sustancial” es un concepto jurídico indeterminado que depende de diversos factores como la condición afectada, la intensidad del cambio, el perjuicio para el trabajador y su carácter temporal o permanente; por todos, *Vid.* STS (Social) de 27-12-2013. Este carácter indeterminado ha sido subrayado también por la doctrina; así, por todos, M.L. Molero Marañón, “Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo: claves para un futuro debate”, *Relaciones Laborales*, nº 20, 2008, pp. 6-7 de la versión electrónica; M.S. Herraiz Martín, “La adaptación de las condiciones de trabajo y sus límites”, *Relaciones Laborales*, nº 4, 2014, pp. 8-9 de la versión electrónica. A mi juicio en este caso la modificación sí tenía carácter sustancial, pero en cualquier caso, el resultado judicial resultaba incierto.

³³ Sobre esta cuestión, recientemente, *Vid.*, A.M. Romero Burillo, “La impugnación individual de la movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 2, 2012 (BIB 2012/661), p. 14 (edición electrónica); C. González González, “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo tras la Ley 3/2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 9, 2013 (BIB 2013/53). A mi juicio, aunque el precepto no está claro, de su redacción actual cabe deducir que las modificaciones llevadas a cabo sin seguir ningún procedimiento son injustificadas y no nulas, dado que el art. 138.7 *in fine* se remite al régimen de nulidad del despido.

conflicto no resuelto que podría acarrear problemas posteriores o desembocar más adelante en una extinción del contrato de uno u otro tipo. En caso de que se llegara a un acuerdo entre las partes en el ámbito judicial antes de la sentencia (arts. 84.1 y 84.3 LJS), es muy probable que este acuerdo se limitara a determinar la cuantía de la indemnización que compensaría al trabajador por la -casi irremisible- ruptura de la relación contractual, salvo que el secretario o, en su caso, el juez, adoptaran una estrategia de mediación que llevara a la mutación temporal del conflicto en un conflicto de regulación de intereses.

Tal y como se aprecia en este caso, el objetivo de la institución es que en el acto de mediación se produzca una metamorfosis temporal de la naturaleza del conflicto; este se plantea inicialmente como jurídico, pero se convierte momentáneamente en un conflicto de regulación de intereses. Posteriormente, termina volviendo a su “naturaleza original”, en forma de acuerdo vinculante y directamente ejecutivo o bien al registrarse la falta de avenencia que permite una vez más la “juridificación” de la discrepancia³⁴.

Ciertamente, en la mayoría de los casos, de manera inevitable, la presentación inicial del conflicto tenía una carga significativa de razonamiento jurídico, dado que, al ser un conflicto “de aplicación e interpretación del Derecho”, la exposición inicial del trabajador lógicamente debía remitirse de algún modo a normas y principios jurídicos. En muchos casos, la respuesta inicial del empresario, al plantearse como una contestación general a la solicitud presentada, aludía también a razonamientos de esta clase. No obstante, a pesar de ello, lo normal es que en estas intervenciones iniciales también quedaran prefigurados los intereses subyacentes al conflicto. A partir de este momento, en el desarrollo de los actos desaparecían las analogías con el proceso judicial, dado que el equipo de mediación intentaba reconducir el debate en torno a estos intereses. En los casos en los que parecía haber algún interés no explícito en la exposición inicial del problema (por ejemplo, Caso 7 y Caso 13), el equipo de mediación trataba de desentrañarlo acudiendo, en su caso, a reuniones separadas.

En ocasiones, el representante del empresario intentaba volver a hacer uso de la argumentación jurídica con objeto de autolegitimarse en sus posiciones o de buscar, consciente o inconscientemente, la aprobación moral o la empatía del equipo de mediación. Esta conducta resulta disfuncional, porque impide que se

³⁴ “Si [el conflicto] se cierra se cierra y si no se cierra vuelve a ser un conflicto jurídico”, Entrevista al Coordinador.

desarrolle una verdadera composición de intereses. Por consiguiente, en estos casos el equipo de mediación trataba de reconducir el diálogo para recordar la finalidad del acto (Caso n° 7³⁵ y Caso n° 8³⁶). Por otra parte, la invocación de argumentos jurídicos puede ser también disfuncional para el trabajador, en la medida en que implica un riesgo de arrastrar a la empresa al debate jurídico, evitándose la discusión sobre los intereses subyacentes, de modo que también en estos casos la institución reaccionaba para impedir el énfasis en la argumentación jurídica (Caso n° 13)³⁷.

4.2. La presencia subterránea del Derecho

A pesar de lo señalado anteriormente, la observación muestra que el Derecho sigue influyendo de manera “subterránea” en la negociación y en el acto de mediación.

Esta influencia se manifiesta fundamentalmente en tres aspectos, que se tratarán por separado: a) el planteamiento jurídico del conflicto condiciona los propósitos de la actuación mediadora; b) el ordenamiento jurídico proporciona un marco para el eventual acuerdo; c) la aplicación coactiva del Derecho por los órganos del Estado se convierte, como regla general, en el horizonte más probable en caso de desacuerdo.

4.2.1. Perspectiva jurídica y objetivos de la mediación

Habitualmente se distingue entre tres modelos de mediación, en relación con la finalidad perseguida: a) el “modelo Harvard” se centra en la búsqueda de un acuerdo lo más satisfactorio posible para todas las partes; b) el “modelo transformativo” considera que el conflicto es una oportunidad para transformar la relación entre las partes y, por tanto, el acuerdo es secundario respecto a este proceso de cambio de la relación y c) el modelo circular-narrativo enfatiza los

³⁵ “Nosotros no vamos a valorar la decisión empresarial ni la decisión del trabajador. Lo que hacemos es mirar si hay posibilidades de un acercamiento. Este entorno no pretende otra cosa que evitar la judicialización del conflicto”.

³⁶ “Aquí no vamos a entrar en ese fondo, si (la modificación) es sustancial o no”

³⁷ (Mediador, al trabajador, en reunión separada): “Si nos vamos a la letra del convenio, esto es un matiz estrictamente jurídico” (secretario a uno de los mediadores en la misma reunión, cuando se centró en aspectos jurídicos): “Si el tema se plantea como un tema estrictamente jurídico hay poco margen para la mediación. Cuando la empresa viene diciendo que es un tema cerrado por el gabinete jurídico eso nos deja muy poco margen”.

aspectos cognitivos y comunicativos y busca la construcción de una narrativa alternativa que modifique el punto de vista de las partes³⁸.

De la observación de las mediaciones y la entrevista al Coordinador provincial se deduce claramente que en el SERCLA se sigue fundamentalmente el modelo Harvard. En todos los casos en los que intervino el equipo de mediación era perceptible que el objetivo principal era la obtención de un acuerdo satisfactorio a través de técnicas clásicas de negociación “de intereses” y no la transformación de la relación entre las partes ni una redefinición compleja de los procesos de comunicación o de la narrativa sostenida por las partes. En algún caso (de manera muy clara en los Casos 3 y 5), el deterioro de la relación entre las partes se mantuvo o incluso se acrecentó por el planteamiento formal del conflicto, pero a pesar de ello se alcanzó un acuerdo por motivos de conveniencia. En otros casos, (Caso 13), no se pudo alcanzar un acuerdo, pero la relación entre las partes se mantuvo en todo momento en términos muy cordiales.

En los casos en los que el trabajador o el empresario intentaban introducir otros problemas distintos de los mencionados en la papeleta, el equipo de mediación invariablemente intentaba reconducir el debate para limitarlo al asunto formalmente objeto de mediación (Caso 5)³⁹. Esta actividad de “corrección” por parte de la CCM era una técnica consciente, puesto que el desvío hubiera implicado dificultades para alcanzar un acuerdo. En cuanto a los elementos estrictamente emocionales y de relación personal, estos solo eran invocados por el equipo de mediación como argumentos para alcanzar un acuerdo. Así, por ejemplo, en los casos nº 7 y nº 8, la alteración de las condiciones de trabajo había provocado una cierta sensación de agravio en los trabajadores afectados; en este contexto, el equipo de mediación hizo referencias a que un eventual acuerdo podría disminuir esta sensación subjetiva de agravio (e implícitamente, mejorar el clima laboral). Es evidente que su objetivo no era tanto la reconciliación entre

³⁸ Por todos, *vid.* M.I. Viana-Orta, “Aims or purposes in school mediation in Spain”, en *New approaches to educational research*, Vol. 2, nº 1, 2013, *per totum*. y S. Ridao Rodrigo, “Técnicas de Mediación. Reflexiones sobre su aplicación en contextos comunicativos interculturales”, *Aposta, Revista de Ciencias Sociales*, nº 47, 2010, *per totum*.

³⁹ El trabajador mencionó en distintas ocasiones que no se le habían abonado unos gastos de desplazamiento y también aludió a un conflicto pasado relacionado con las vacaciones; por su parte, en la segunda sesión, en la que las partes estaban ya situadas respecto a un litigio futuro, el defensor del empleador mencionó discrepancias respecto a la antigüedad y aludió a un posible despido disciplinario. En ambos casos, el equipo trató de reconducir el problema: “*Esto no es por lo que estamos hoy aquí*”.

las partes como la solución al problema concreto que se había planteado formalmente a la institución.

El Coordinador también me confirmó en la entrevista que en el SERCLA por norma general no se hace mediación transformativa, si bien en algunas ocasiones aisladas han intervenido en este sentido, siempre respecto a problemas no estrictamente laborales que afectaban de algún modo al conflicto y que se podían solucionar.

A mi juicio, esta opción se explica fundamentalmente por el hecho de que la institución se dedique a la “resolución” extrajudicial de determinados conflictos individuales de trabajo. Su función social es la reducción de la litigiosidad judicial y el número de acuerdos constituye un resultado por el que puede medirse relativamente su grado de éxito. Esto puede considerarse como una influencia indirecta del Derecho, dado que el contexto jurídico del conflicto condiciona el modelo de mediación utilizado⁴⁰. En otros conflictos interpersonales que no se pongan de manifiesto a partir de la movilización formal del Derecho, la mediación transformativa o el modelo circular-narrativo pueden resultar más oportunos.

Ciertamente, esta estrategia de mediación corre el peligro de terminar proporcionando soluciones inútiles debido al desconocimiento de los intereses reales que subyacen al conflicto. En efecto, según indicó el Coordinador, en la inmensa mayoría de los casos, el conflicto real no coincide exactamente con el problema expresado formalmente en la papeleta. En los casos observados se han advertido muchas situaciones en las que había conflictos personales subyacentes con el empresario o con otros trabajadores de la empresa (que no siempre estaban provocados por la discrepancia de intereses laborales) y también supuestos en los que el interés básico del trabajador estaba oscurecido en la papeleta debido la incorporación estratégica de otras reivindicaciones, como se verá más adelante.

⁴⁰ El Derecho puede también influir de otros modos en la adopción de este modelo. En primer lugar, la aproximación jurídica a los conflictos impulsa un tratamiento más analítico que holístico, separando unos aspectos del problema de otros. En segundo lugar, las pautas ideológicas que sustentan nuestro modelo de Derecho del Trabajo caracterizan las relaciones laborales como inherentemente conflictivas, de modo que el sistema jurídico -y, consiguientemente, la mediación institucional- no pretende suprimir el conflicto, sino canalizarlo de un modo funcional. Esta finalidad pudo apreciarse tanto en la entrevista al Coordinador como en la actuación del secretario en alguno de los supuestos (Caso 9).

En este contexto, la práctica de la institución no pretende obviar en lo más mínimo la necesidad de desvelar el conflicto real. Esto se deduce tanto de la entrevista al Coordinador⁴¹ como de la observación de la actuación de las CCM. Cuando el equipo mediador tenía razones para sospechar que había un problema de fondo no mencionado organizaba reuniones separadas con las partes para tratar de identificarlo (Caso 7 y Caso 13).

El hecho de que se haga un esfuerzo para detectar los eventuales conflictos subyacentes no impide que, a la postre, la institución esté obligada a buscar un acuerdo que se refiera a las pretensiones que formalmente se han planteado. En ocasiones el conflicto realmente importante estará vinculado al que formalmente se ha planteado, por lo que el eventual acuerdo podrá resolver ambos al mismo tiempo. Sin embargo, en otros casos, especialmente cuando el conflicto laboral ha sido provocado o alimentado por enfrentamientos personales entre trabajadores, el objetivo final no es resolver estos problemas, sino la discrepancia planteada⁴².

4.2.2. El derecho como marco que delimita las soluciones posibles

En otro orden de cosas, aunque el conflicto jurídico se reconvierta en el acto de mediación en un conflicto de intereses, el ordenamiento jurídico-laboral se constituye en un marco básico que condiciona el acuerdo posible, tanto en sentido negativo como en sentido positivo.

⁴¹ “Si no lo afrontas no resuelves nada. El momento en el que lo detectas y lo puedes afrontar es el momento en el que tienes la solución”.

⁴² El Coordinador me relató un caso en el que un problema personal entre dos trabajadoras había generado una disputa laboral. Estas trabajadoras eran muy amigas y se habían puesto de acuerdo para el disfrute de las vacaciones; sin embargo, al fracturarse gravemente la relación de amistad, una de ellas organizó un viaje personal coincidiendo con unas fechas que eran importantes para la otra. Esta situación terminó provocando una solicitud de mediación para la determinación de la fecha de vacaciones por parte de una de las trabajadoras frente al empresario, que era ajeno al conflicto real. Cuando la CCM detectó este problema, propuso la suspensión de la mediación e intentó que a la siguiente sesión acudiera la otra trabajadora para afrontar el problema. Ciertamente, si se hubiera resuelto la disputa personal entre las trabajadoras, se hubiera puesto fin al conflicto laboral; no obstante, el objetivo final del equipo de mediación no era otro que la búsqueda de un acuerdo satisfactorio en relación con el problema que se le había planteado en el escrito de iniciación, lo cual puede ser más sencillo que la reconciliación si existen posibilidades alternativas. En este caso no se consiguió que la otra trabajadora acudiera al acto, pero se llegó a un acuerdo gracias a la intermediación del delegado de personal, que encontró a un tercer trabajador que no tenía ningún inconveniente para cambiar la fecha de sus propias vacaciones.

Desde una perspectiva negativa es evidente que el acuerdo alcanzado tiene que estar dentro de los márgenes de la legalidad. Por este motivo, en el ámbito del SERCLA, uno de los miembros de la CCM -el secretario- debe ser un funcionario cualificado en el ámbito jurídico-laboral. En este ámbito, la legalidad de los acuerdos de transacción individuales está fuertemente condicionada por el principio general de indisponibilidad de derechos previsto en el art. 3.5 ET. Si este precepto se interpretara de manera estricta, ello limitaría considerablemente las posibilidades de llevar a cabo transacciones extraprocesales. Sin embargo, esta interpretación no se compadece con el interés patente que tiene el legislador por que las disputas jurídicas laborales se puedan resolver de manera extrajudicial⁴³. Así pues, generalmente se entiende que la transacción es válida cuando la cesión de posiciones respecto a supuestos derechos “indisponibles” se justifica por su carácter incierto en tanto no se obtenga una resolución judicial firme; en estos casos, el pacto reduce la incertidumbre y al mismo tiempo elimina los costes del proceso⁴⁴.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos, las materias sometidas a mediación individual en el SERCLA son completamente disponibles: determinación de la fecha de vacaciones, concreción horaria de derechos de conciliación, encuadramiento profesional, modificaciones unilaterales del contrato dentro del respeto al convenio colectivo. Ahora bien, incluso en estos casos, los problemas de legalidad pueden plantearse por cuestiones accesorias⁴⁵.

Por otra parte, el conocimiento básico del marco legal e institucional es relevante desde una perspectiva más positiva, puesto que se hace necesario para configurar soluciones creativas para el conflicto entre las partes, más allá de sus posiciones iniciales⁴⁶.

⁴³ Por todos, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Indisponibilidad de derechos y conciliación en las relaciones laborales”, TL, pp. 27-32.

⁴⁴ Por ejemplo, en el Caso 13 la trabajadora reclamaba dos días de permiso retribuido o de vacaciones, pero estaba dispuesta a pactar que la empresa reconociera solamente un único día. Lógicamente, esta última solución nunca hubiera podido ser determinada por un juez aplicando el Derecho. Ni las partes ni los miembros de la comisión mediadora dudaron en ningún momento de la legalidad del eventual pacto, porque la cesión de posiciones por parte del trabajador estaba justificada por la falta de certeza respecto a la decisión judicial.

⁴⁵ La única ocasión en la que se puso de manifiesto la imposibilidad de pactar un determinado acuerdo fue en el Caso 3, en el que el secretario tuvo que recordar al empresario que no era posible pactar la renuncia a las vacaciones no disfrutadas ni su compensación en metálico.

⁴⁶ Así, por ejemplo, en el Caso 13 se planteaba una disputa claramente jurídica de escasa entidad en el contexto de una gran empresa; el representante del empresario no podía llegar a

4.2.3. La coacción judicial como la alternativa más directa al desacuerdo

La “Carta de Compromisos de la Actuación Mediadora” del SERCLA establece en su apartado 7 c) el compromiso de la CCM de promover “la valoración por las partes de la mejor alternativa al desacuerdo (BATNA)”.

El término BATNA es un acrónimo de “Best Alternative to Negotiated Agreement” y surge inicialmente en el ámbito de las técnicas de negociación promovidas por la escuela de Harvard⁴⁷. Según estos planteamientos, las partes tienen interés en negociar cuando pretenden conseguir un beneficio superior al que obtendrían si adoptaran la mejor de las alternativas que se les presenta ante la falta de acuerdo. Por este motivo, el poder real de negociación entre las partes viene determinado por lo atractiva que resulte para cada una de ellas la mejor alternativa que puedan concebir frente al acuerdo negociado. Así pues, una estrategia efectiva para incrementar -dentro de lo posible- el poder de negociación y corregir desequilibrios de poder consiste en “desarrollar la BATNA” imaginando alternativas al acuerdo, haciéndolas posibles o practicables y seleccionando la mejor de ellas.

Lógicamente, en un conflicto jurídico individual planteado como vía previa al proceso judicial, es muy posible que la BATNA esté determinada precisamente por la posibilidad de que el litigio se termine tramitando por la vía procesal. Resulta conveniente contemplar también otras alternativas posibles al desacuerdo u otras vías de presión jurídica ajenas al conflicto, pero no cabe duda de que “la sombra” del eventual proceso judicial condiciona en gran medida la negociación.

Ahora bien, la misión de la institución no consiste en proporcionar a las partes un asesoramiento completo respecto a las estrategias alternativas a la

ningún acuerdo por que la asesoría jurídica se había manifestado en contra de la pretensión de la trabajadora a pesar de su irrelevancia, para evitar precedentes. La estrategia de la CCM consistió en evitar la discusión jurídica, manifestando que, si se llegaba a un acuerdo de consenso podría redactarse el acuerdo de una manera que destacara la excepcionalidad del caso y no se crearan precedentes, señalando que una hipotética sentencia judicial estimatoria de las pretensiones de la trabajadora podría provocar un perjuicio mayor. En otra (Caso 5), surgió la duda en el equipo de mediación acerca de si el trabajador podía detener un procedimiento sancionador iniciado por su denuncia, lo cual hubiera sido una baza a efectos de negociar un acuerdo. En este caso ya se intuía que esta solución no era posible, pero se optó por utilizar redes de contactos para consultar informalmente la cuestión a una persona más informada.

⁴⁷ Vid. R. Fisher y W. Ury, *Getting to Yes...*, Op. Cit., pp. 51-53.

consecución del acuerdo. Esa función corresponde más bien a los profesionales que auxilian a las partes, velando por sus intereses. Es lógico suponer que la búsqueda activa de alternativas al pacto puede resultar contraproducente para el propósito de que las partes alcancen un acuerdo, al difuminar los incentivos para alcanzarlo⁴⁸. En este contexto, para la institución, la promoción de la BATNA, no es un fin en sí mismo, sino que se utiliza como un instrumento al servicio de sus objetivos institucionales. A este respecto hay que tener en cuenta que, como se verá más adelante, la situación del trabajador y del empresario respecto al conflicto y al acuerdo no es la misma.

En ocasiones, la institución intenta motivar o estimular al trabajador para que desarrolle su BATNA judicial, con objeto de corregir el desequilibrio inicial de poder entre las partes, facilitando que estas puedan sentarse a negociar. En los casos observados, esto se realizó en pocas ocasiones y con mucho tacto, para no provocar una imagen de parcialidad ni de sustitución del asesor profesional de parte⁴⁹.

En otros casos se hace necesario indicarle al trabajador que está pidiendo por la vía de mediación más de lo que podría obtener en un juicio⁵⁰. En este caso el problema no es que sea ilícito llegar a un acuerdo claramente superior a la BATNA judicial; si la empresa quiere conceder más de lo que se podría obtener en un juicio por motivos extrajurídicos, como el mantenimiento de un buen clima laboral, es muy libre de hacerlo. Lo que sucede es que el acuerdo se dificulta si las partes tienen las expectativas muy elevadas, dado que previsiblemente la contraparte no tendrá incentivos para negociar si su BATNA judicial resulta claramente más beneficiosa.

En cambio, respecto al empresario, la estrategia de la institución consiste más bien en destacar las desventajas de la BATNA judicial para subrayar las ventajas del acuerdo negociado o incluso destacar la WATNA (Worst Alternative

⁴⁸ Vid. M.E. Roloff y W.O. Dailey, “Efectos de las alternativas para alcanzar un acuerdo sobre el desarrollo de resoluciones integradoras a los problemas. Los efectos colaterales debilitadores de las BATNAs”, Cuadernos de Información y Comunicación, nº 8, 2003, *per totum*.

⁴⁹ Así, en el Caso 13, en reunión separada con la parte laboral, uno de los mediadores preguntó al representante de la trabajadora si realmente contemplaban la posibilidad de ir a juicio (dado que la cuantía era muy escasa). También le preguntó si tenía certificados médicos que apoyaran su pretensión ordenando el reposo del marido de la trabajadora.

⁵⁰ Esta situación se deduce de la entrevista al Coordinador, aunque no se produjo en las mediaciones observadas.

to Negotiated Agreement), es decir, la peor situación que podría plantearse en caso de desacuerdo. Así, por ejemplo, en los casos 3 y 5, en los que el incumplimiento empresarial era evidente, el equipo de mediación destacó en varias ocasiones que la vía judicial de resolución del conflicto iba a ser menos conveniente para la empresa, dado que esta no permite ningún control sobre el resultado final⁵¹. En cambio, en los supuestos en los que la interpretación del Derecho no era tan clara, este tipo de advertencias eran menos comunes, aunque, de hecho, las ventajas del acuerdo negociado se subrayaban incluso cuando estaba claro que no iba a haber tal acuerdo, seguramente con la finalidad “pedagógica” de generar cultura de mediación⁵².

En todos los casos, los argumentos de carácter “jurídico” no se planteaban porque tuvieran un valor en sí mismos, ni desde una perspectiva doctrinal, sino porque se relacionaban con la previsión de posibles consecuencias jurídicas. Los planteamientos “morales” sobre la obligatoriedad del Derecho invariablemente se intentaban conectar con el interés material de las partes.

En dos de los casos observados (Caso nº 3 y Caso nº 5), la conducta del empresario era manifiestamente ilegal y esta circunstancia era reconocida abiertamente por la empresa, que se había presentado al acto sin asesoramiento jurídico. En este contexto, los miembros del equipo de mediación no tuvieron ningún problema en subrayar el deber moral de cumplimiento de la legislación, con objeto de facilitar el acuerdo entre las partes⁵³. No obstante, en ambos casos quedó muy patente que la justificación de la superioridad “moral” atribuida al

⁵¹ “*El juez te pone una sentencia. El juez no te va a escuchar*” (Secretario en el Caso nº 5). En cambio, en el Caso 13, el representante del trabajador era consciente de la debilidad de su posición debido a la escasa cuantía de la pretensión (como manifestó en reunión privada); sin embargo, el equipo de mediación le dio la vuelta al problema para mostrar a la empresa -con tono de neutralidad- cómo la escasa cuantía podía jugar precisamente en su contra e influir en una decisión negativa: “*¿Se ha planteado la posibilidad de que el escenario sea favorable a la trabajadora? [...] Tú te imaginas cómo están las mesas de los jueces para que ahora llegue una de [empresa]. A mí no me gustaría estar en el pellejo del que fuera a defender el tema*”.

⁵² “*Vais a esperar a que os digan qué es lo que tenéis que hacer en lugar de hacer lo que queréis*” (Secretario en el caso 10).

⁵³ “*Tener 3 personas de baja no te exonera de dar las vacaciones*” (Caso 3), “*Que no llevas razón [desde una perspectiva jurídica] está claro*” (Caso 3), “*Que tengáis claro que es una obligación*” (Caso 3), “*Las decisiones hay que tomarlas con la ley*” (Caso 5), “*Hay que hacerlo legal [la modificación]*” (Caso 5), “*La legislación laboral está ahí pero está para cumplirla*” (Caso 5), “*Lo que habéis hecho no se puede hacer*” (Caso 5), “*Habéis presentado unas medidas sin la ley*” (Caso 5).

mandato legal frente a la consideración de los intereses económicos del empresario provenía precisamente de su poder coactivo y no de otros factores como la autoridad moral del legislador, el carácter democrático del procedimiento de producción de las normas, la bondad y adecuación de su contenido o la necesidad pragmática de contar con reglas generales para desenvolverse en las relaciones laborales. Los empresarios “deben” respetar la legislación laboral, pero en el discurso de la institución ese deber se fundamenta en último término en el grave perjuicio que podrían sufrir sus intereses si se activara la maquinaria coactiva del poder estatal. Dado que el debate se centra en intereses, el valor persuasivo del mandato legal depende del modo en el que pueda afectar realmente a los intereses del empresario.

En cambio, cuando los representantes del empresario acudían al acto sustituidos o acompañados por profesionales del Derecho y estos planteaban inicialmente su oposición a la pretensión en términos jurídicos, los mediadores se abstendían de defender interpretaciones jurídicas o de aludir a la fuerza moral del ordenamiento, incluso aunque a título personal estuvieran convencidos de que el Derecho amparaba los intereses de la contraparte. A estos efectos, resulta particularmente ilustrativo el Caso 12, relativo a la denegación del permiso de lactancia a un trabajador varón aduciendo que su esposa estaba desempleada. A mi juicio, la actual redacción del art. 37.4 ET tras la reforma de 2012 hace insostenible esta denegación en términos técnico-jurídicos⁵⁴; esta era también la opinión del Secretario de la CCM. Sin embargo, durante el acto, la Comisión no hizo la más mínima referencia a esta calificación, debido a que el mismo problema se había planteado anteriormente en la misma empresa y distintos juzgados de la misma circunscripción habían llegado a conclusiones contradictorias.

Cuando el debate se centra en los intereses de las partes, el Derecho laboral debe leerse en clave pragmática o “realista” antes que doctrinal, de modo que no puede ser otra cosa que lo que los jueces dicen que es; su contenido pierde fuerza moral si no es aplicado coactivamente de manera efectiva por los poderes del Estado.

⁵⁴ Este artículo, en su redacción moderna establece que el permiso: “*constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres, pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen*”. Respecto a la regulación anterior, aunque en mi opinión la denegación implica una discriminación por razón de sexo, alguna sentencia había afirmado su legalidad (STSJ (Social) de Castilla y León, Burgos, nº 523/2012 de 12 de julio).

5. EL PAPEL DE LOS “EXPERTOS”

En este trabajo denominaremos “expertos” a las personas que intervienen en el proceso de mediación con objeto de asistir, defender o representar a una de las partes en virtud de su acceso a un saber especializado relativo al marco institucional y jurídico en el que el conflicto se desenvuelve. Normalmente, estos expertos son profesionales del Derecho, pero en algunos casos el concepto puede abarcar a otras personas que no son necesariamente juristas, pero que, debido a su dedicación continuada a la defensa de intereses laborales, han adquirido un conocimiento especializado del marco institucional, como los sindicalistas o los gestores de recursos humanos. El conocimiento de los expertos no se refiere exclusivamente al derecho positivo, sino que incluye toda una serie de saberes de naturaleza práctica vinculados al contexto jurídico e institucional: reglas “no escritas”, tiempo que consumen los procedimientos administrativos y judiciales, costes diversos, riesgos y probabilidades, práctica judicial y comportamiento esperable de los jueces locales, fortalezas y debilidades del caso, efectos secundarios que implica mantener el conflicto, etc.⁵⁵

En las mediaciones del SERCLA los profesionales están presentes en la mayoría de los casos y generalmente asumen un papel muy importante, al contrario de lo que sucede en otros modelos de mediación, que pretenden otorgar el máximo protagonismo a las partes en conflicto⁵⁶. Así pues, la presencia y protagonismo de los expertos pueden considerarse como formas de influencia del Derecho en este tipo de mediaciones que terminan afectando al modo en el que se desarrollan.

En ninguno de los 14 casos observados, los trabajadores asistieron por sí solos. En el caso 13, el trabajador fue acompañado por un representante sindical que habló en su nombre (la reclamación era de escasa cuantía y pagar a un profesional hubiera sido excesivamente costoso). En todos los demás asuntos, el trabajador vino acompañado o representado por Abogado o Graduado Social. En

⁵⁵ Puede consultarse un interesante análisis del asesoramiento jurídico en procesos de negociación y mediación (sujetos, contenido, modo y escenarios) en J. Wade, “Forever bargaining in the shadow of the law -Who sells solid shadows? (who advises what, how and when), repositorio de la Universidad de Bond (http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/261), 1998.

⁵⁶ Así, por ejemplo, en N. Doherty y M. Guyle “The essential guide to workplace mediation and conflict resolution”, Kogan Page, London, 2008, p. 31, se subraya la ventaja de que en la mediación son las partes por sí mismas las que crean las conclusiones y no sus consejeros o una determinada agencia o entidad.

uno de ellos (Caso 8) asistieron e intervinieron de manera coordinada tanto un Abogado como un representante del sindicato al que pertenecía. Por otra parte, en algunos casos el Letrado pertenecía a los servicios jurídicos de un sindicato (Casos 5, 9 y 12, sucediendo que en el 9 la trabajadora también era delegada de personal). La entrevista al Coordinador confirma que los trabajadores siempre vienen asistidos por un “experto”, salvo cuando ellos mismos son militantes sindicales o representantes asociados a un sindicato que en este caso están reclamando sus intereses individuales. En algunos casos aislados la institución ha detectado la participación de asesores no especializados, esto es, de personas que en realidad carecen de un conocimiento apropiado sobre el marco institucional, pero que participan en el proceso por razón de algún vínculo personal con el trabajador; la institución considera que esta situación es muy peligrosa para el desarrollo apropiado del acto, de modo que en estas situaciones se ha propuesto la suspensión para que el trabajador se asesore debidamente.

La presencia de los profesionales o expertos asistiendo al trabajador en todos o casi todos los actos de mediación se explica fundamentalmente por el hecho de que son precisamente estos los que informan y aconsejan a los trabajadores acerca de la posibilidad y conveniencia de acudir a un acto de este tipo. En efecto, de acuerdo con el Coordinador provincial, existe un grupo bastante identificado de profesionales -además de los servicios jurídicos de los sindicatos firmantes- que conocen el SERCLA y que confían en la actividad desarrollada por la institución. Son estos los que conducen a la institución a la mayoría de los usuarios en el caso de conflictos individuales.

En la inmensa mayoría de los supuestos el “experto” acompañaba al trabajador al acto de mediación. Solo en dos ocasiones (Caso 4 y Caso 10), el profesional actuó a todos los efectos como representante, sustituyendo completamente al trabajador. Ahora bien, lo normal en la mayoría de los casos era que el experto asumiera casi todo el protagonismo en el desarrollo del acto y que las intervenciones del trabajador fueran de duración limitada -refiriéndose normalmente a la aclaración de hechos o a la expresión de emociones-, o incluso no se produjeran⁵⁷. Este protagonismo de los profesionales -que contrasta con otros modelos de mediación- apunta a un segundo motivo que explica el hecho de que los trabajadores vengan siempre acompañados y que también fue expuesto por

⁵⁷ Solo en dos ocasiones los trabajadores asumieron un protagonismo significativo en la defensa de sus intereses: en el caso 7 (el trabajador estaba apreciablemente cualificado para la comunicación oral) y en el caso 9 (la trabajadora era delegada de personal).

el Coordinador provincial en la entrevista: su intervención aporta confianza en el contexto general de inseguridad al introducirse en un “sistema experto”⁵⁸ cuya lógica desconocen.

En lo que refiere a la parte empresarial, la pauta más habitual ha sido la asistencia letrada o, en algún caso la presencia de un empleado especializado en recursos humanos. No obstante, en comparación con la parte laboral ha habido más ocasiones en las que se asistía sin la presencia de un jurista o profesional especializado en las relaciones laborales (Casos 3, 5, 8 y 14).

Por supuesto, como el empresario no acude normalmente a los servicios de mediación por su propia iniciativa, sino ante un requerimiento del trabajador, no son en este caso los profesionales los que captan a los usuarios del servicio. Por otra parte, la presencia en el acto de los “expertos” es menos importante para los empresarios, principalmente por dos motivos: en primer lugar, porque algunos representantes de empresas pequeñas, aunque no son especialistas en Recursos Humanos, están muy habituados a negociar con el personal y tienen un conocimiento suficiente del marco institucional⁵⁹. En segundo lugar, de acuerdo con lo señalado por el Coordinador provincial en la entrevista, lo normal es que los empresarios, aunque no vengan acompañados por expertos, se hayan asesorado previamente⁶⁰.

En cambio, en el caso 5 se apreciaron claramente los problemas de la falta de asistencia técnica del empresario, lo cual es muy inusual, según el Coordinador. El desconocimiento absoluto que mostraban los representantes de la Asociación empleadora acerca del contenido del ordenamiento jurídico y de los procedimientos legales los ponía inicialmente en una disposición muy poco

⁵⁸ El Coordinador tomó explícitamente este término -que proviene originariamente de los trabajos de A. Guiddens- de la obra, A. Díaz de Rada, H. Velasco Mailló, F. Cruces Villalobos, *La sonrisa de la institución: confianza y riesgo en los sistemas expertos*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006.

⁵⁹ En los casos 8 y 14, los representantes de la empresa estaban suficientemente informados como para gestionar adecuadamente sus intereses en el acto. Ciertamente, en el caso 8, el gerente cometió errores jurídicos en su intervención, pero en cualquier caso su incursión en la argumentación jurídica era innecesaria.

⁶⁰ En el caso 3, la empresa hubo de recurrir al profesional dentro del acto de mediación. Mientras se desarrollaba una reunión privada de la trabajadora con el equipo de mediación, los representantes de la empresa llamaron a su abogado y este les indicó que el derecho a las vacaciones del año anterior estaba extinguido, de modo que volvieron al acto de mediación con esta nueva información, que afectó a su conducta.

favorable para llegar a un acuerdo, a pesar de la posición real de debilidad en la que el incumplimiento patente de la ley los había situado, dado que no comprendían adecuadamente las diversas responsabilidades en las que podían estar incurriendo. La abogada del trabajador no podía evitar exhibir su malestar respecto a la inadecuación de los interlocutores, tanto por su ignorancia del Derecho como por su inexperiencia negociadora. El equipo de mediación, advirtiendo el mismo problema, exhortó en varias ocasiones a los representantes de la asociación para que buscaran asesoramiento profesional⁶¹. En la segunda sesión, la empresa vino ya asistida por un abogado, que recondujo el conflicto a lo jurídicamente admisible, vino al acto con un acuerdo negociado en el que aceptaba la pretensión del trabajador y esbozaba ya una estrategia de defensa de la empresa en el conflicto general jurídicamente informada.

Esta anécdota ilustra de manera muy clara que la presencia y participación de los profesionales en el acto de mediación es valorada muy positivamente, tanto por la institución como incluso por los profesionales que asisten a la parte contraria. Aunque pueden darse algunos casos patológicos de “malos profesionales” que dificulten un acuerdo posible con objeto de llevar el caso a juicio a toda costa para cobrar más al cliente, lo habitual es que los profesionales del Derecho que acuden al SERCLA asuman un papel beneficioso en el desarrollo del acto⁶².

La presencia del profesional se considera provechosa porque permite mostrar al cliente de manera realista sus posibilidades en caso de que no haya acuerdo⁶³. Esta competencia deriva de diversos factores: a) conocimiento de las normas; b) conocimiento de la práctica jurídica; c) experiencia negociadora⁶⁴ y d) separación emocional respecto al objeto del conflicto.

⁶¹ “¿Habéis contado con algún asesor?”, “¿Cómo no habéis venido con un asesor que os asesore bien?”, “No sabéis dónde están los límites de la negociación. Dejad a los profesionales que lleguen al equilibrio al que tengan que llegar” [miembros del equipo de mediación en distintas ocasiones, Caso 5, primera sesión].

⁶² Entrevista al Coordinador Provincial. En algunos supuestos observados la disposición negociadora fue tal que los profesionales negociaron el acuerdo fuera del ámbito de la institución y se limitaron a convalidarlo en el acto de mediación (Casos 2 y en el 5 en la segunda sesión cuando asiste el abogado).

⁶³ De acuerdo con el Coordinador “templan las expectativas de las partes” y “les ayudan a ver la mejor alternativa, el BATNA famoso; esto se lo hace ver mejor el profesional a su cliente que nosotros como tercero”.

⁶⁴ “Tú y yo hablamos el mismo idioma porque estamos hartos de negociar cosas. Vamos a ver si hablamos el mismo idioma” (abogado del trabajador al abogado de la empresa en el Caso 7).

Los dos primeros aspectos fortalecen de manera muy clara la presencia indirecta del Derecho en el acto de mediación. Los dos segundos favorecen - como también se ha visto respecto al papel de la institución- una lectura determinada del Derecho, más “realista” que puramente “doctrinal”, vinculada por tanto a la eventual intervención coactiva del poder judicial y basada en intereses más que en posiciones. De hecho, en algún caso pudo observarse que la abogada de la trabajadora corrigió una interpretación jurídica de la propia defendida por motivos estratégicos⁶⁵.

Probablemente en otros tipos de mediación en los que resulta necesario resolver problemas emocionales (dificultades de convivencia entre vecinos, conflictos familiares distintos de la ruptura o incluso conflictos interpersonales en el trabajo o en el seno de las organizaciones), resulta más relevante que sean las partes en conflicto quienes asuman el protagonismo del diálogo. En cambio, en los conflictos jurídicos e individuales entre trabajador y empresario formulados de manera explícita a través de un escrito formal, parece aconsejable una gestión más racional y despersonalizada de los intereses de cada parte.

De hecho, en los casos en los que ambas partes fueron totalmente sustituidas por profesionales (Caso 4 y Caso 10), el acto se desarrolló con una cordialidad máxima y con muy poca tensión y ello no supuso ningún obstáculo para que los “expertos” defendieran adecuadamente los intereses de cada parte. Esto no implica, empero, que la falta de presencia directa y personal de las partes en conflicto sea beneficiosa para el propósito de alcanzar el acuerdo. En particular, la ausencia del empresario -que es muy común-, aunque reduce notablemente la carga emocional del acto, limita enormemente las posibilidades del acuerdo, puesto que los profesionales suelen venir con un mandato muy cerrado y con poco margen para la negociación⁶⁶.

⁶⁵ La pretensión básica de la trabajadora era el disfrute de las vacaciones en período estival y la estrategia para un eventual juicio se basaba en mantener una postura muy flexible para todo lo demás. De hecho, la abogada, desde su experiencia había manifestado de manera expresa que pensaba que esta flexibilidad sería tomada en consideración positivamente por el Juez y esto había sido admitido incluso por el abogado de la contraparte. No obstante, en el acto la trabajadora invocó (erróneamente) una cláusula del convenio colectivo que supuestamente imponía un régimen menos flexible, seguramente para intentar reforzar su postura moralmente. Esta interpretación fue corregida tanto por su propia abogada como por la CCM.

⁶⁶ Esto pudo apreciarse claramente en los casos 4, 9 y 13, pero se expresó de manera mucho más cruda en los casos 10, 11 y 12, en los que ni siquiera se escenificó la voluntad de negociar. En cambio, en la mayoría de los casos en los que compareció personalmente un representante de la empresa con capacidad real de decisión (Casos 2, 3, 4, 5 y 8), finalmente se consiguió un

Así pues, el modelo que parece más efectivo para alcanzar un acuerdo “a la sombra” de un eventual proceso judicial es que las partes estén presentes en el acto de manera personal, pero que el protagonismo en las intervenciones lo tengan los “expertos”, que asimismo pueden moderar las expectativas de las partes y sus intentos de autolegitimarse moralmente con objeto de obtener un acuerdo que satisfaga en lo mayor posible sus intereses.

6. LA PERCEPCIÓN DEL DERECHO POR LAS PARTES

Como ya se ha señalado, desde una perspectiva externa al ordenamiento jurídico todos los conflictos de la sociedad son básicamente conflictos de intereses. Cada uno de los campos que componen la sociedad -como el ámbito familiar o el de las relaciones laborales- tienen su propia lógica autorreferente, que no coincide con el razonamiento puramente jurídico. Por consiguiente, en la vida cotidiana los conflictos se canalizan normalmente a través de los mecanismos propios de cada campo, que son relativamente ajenos a la lógica jurídica. Esto no impide que el Derecho influya en la gestión cotidiana del conflicto. Lo que sucede es que el ordenamiento jurídico es leído, utilizado y movilizado por las partes desde sus propios intereses y en relación con la lógica de cada subsistema social.

Una discrepancia puede ser calificada como un conflicto interpretativo o aplicativo cuando alguna de las partes (o ambas) movilizan el Derecho como arma o herramienta para defender su posición y defender sus intereses. Esta movilización puede ser formal -acudiendo a las instituciones de poder del Estado para que intervengan en el conflicto- o informal (utilizando el Derecho como un argumento o elemento de poder en la negociación cotidiana del conflicto). La parte contraria puede reaccionar de diferentes modos: puede mostrarse indiferente frente a esta movilización, utilizar también el Derecho en la defensa de sus propios intereses o percibir el ordenamiento como una fuerza ajena a sus intereses que, sin embargo debe ser tenida en cuenta.

acuerdo, a pesar de la renuencia inicial de la empresa. La técnica que utiliza la institución para afrontar la interposición de profesionales sin capacidad real de negociación es ofrecer la posibilidad al representante de la empresa de ponerse en contacto -o bien telefónicamente o bien de manera personal entre sesiones- con las personas capacitadas para tomar decisiones. En palabras del Coordinador: *“Si el que tiene poder para negociar no está en la mesa, hay que traerlo aunque sea ‘en espíritu’”*.

Así pues, hay tres tipos de relación de las partes en conflicto con el Derecho aplicable: relaciones de “indiferencia”, relaciones de “movilización” y relaciones de “oposición”. Las relaciones de “indiferencia” pueden deberse a que el sujeto desconozca la norma o sea incapaz de comprender su contenido, o bien a que el destinatario no se sienta personalmente obligado a su cumplimiento ni amenazado por los mecanismos de coacción. Las relaciones de “movilización” pueden producirse porque el sujeto se considere amparado por la norma -con razón o sin ella- (relaciones de “legitimación”) o bien porque utilice la norma para defender un interés distinto del que esta protege (relaciones de “manipulación”). Desde una perspectiva interna, algunas conductas manipulativas pueden calificarse como “abusos de derecho” o “fraudes de ley”, pero muchas otras veces son perfectamente legítimas (así, por ejemplo, el planteamiento estratégico de una denuncia a la Inspección de Trabajo). Las relaciones de “oposición” pueden ser de “resignación” -aceptación del contenido de la norma debido a la eficacia de los mecanismos de coacción, aunque el sujeto no se considere moralmente obligado a cumplirla- o de “beligerancia” (consideración del ordenamiento como un “enemigo a derrotar” a través de la confrontación directa, el fraude o el ocultamiento).

En el ámbito de las relaciones laborales individuales, estas formas de relación están fuertemente condicionadas por las desigualdades de poder estructurales que existen entre trabajadores y empresarios. Como es sabido, en el modo de producción capitalista, los trabajadores venden su fuerza de trabajo al empresario, que es quien organiza su actividad y, por tanto, controla el trabajo. El Derecho identifica y reconoce esta relación de poder social y económico como una relación jurídica y, al hacerlo, de un lado otorga legitimación a los poderes del empresario y de otro les pone una serie de límites. Debido al reconocimiento y legitimación de esta desigualdad estructural, la relación jurídica derivada del contrato individual de trabajo está configurada de modo que casi siempre es el trabajador el que tiene que acudir a la movilización formal del Derecho. El empresario siempre actúa de manera directa, utilizando los poderes a su alcance (en su caso, movilizándolo informalmente el derecho sin necesidad de recurrir a las instituciones de poder estatal) y es el trabajador el que debe acudir formalmente a las instituciones para impugnar las decisiones empresariales.

En este contexto, no resulta para nada extraño que en la totalidad de los casos presenciados haya sido el trabajador quien haya movilitado formalmente el Derecho a través de la “papeleta” o formulario de solicitud de la mediación. La presente investigación no ha permitido profundizar en los factores que dificultan o facilitan la movilización formal del Derecho por parte de los trabajadores, dado que los que acuden al centro son precisamente aquellos que se

encuentran en posición de reclamar judicialmente sus derechos⁶⁷, al margen de que en algunos casos es posible que no hayan planteado posteriormente una demanda, por la escasa cuantía de su pretensión o por contar con escasas posibilidades de éxito.

Puesto que los trabajadores son los que movilizan formalmente el derecho laboral, sus relaciones con el ordenamiento son normalmente de “legitimación”, muy a menudo mezclada con la “manipulación” estratégica.

Las relaciones de “legitimación” han sido más patentes en los casos en los que el trabajador “reclamaba un derecho” ante la negativa del empresario a concederlo (Casos 3, 9, 12 y 13), de modo que el conflicto asumía un perfil más marcadamente jurídico. Aunque todos estos derechos están vinculados a intereses del trabajador, este se siente facultado para plantear una reclamación cuando considera que su interés se ve amparado formalmente por el ordenamiento. En estos casos, las conductas manipulativas son ocasionales y se refieren a cuestiones accesorias.

No obstante, en la inmensa mayoría de los casos, la solicitud de mediación no estaba motivada por la “reclamación de un derecho”, sino por la reacción ante una medida empresarial (modificación sustancial o traslado). En estas situaciones es mucho más frecuente la presencia del elemento de “manipulación” del ordenamiento, puesto que el trabajador normalmente reacciona motivado por el perjuicio que la medida empresarial le provoca y no por una interpretación determinada del ordenamiento jurídico. Para defender sus intereses, el trabajador intenta utilizar los medios jurídicos que tiene a su alcance a través del apoyo técnico del profesional.

En este sentido, es importante tomar en consideración que en la actualidad el marco legal resulta muy favorable al empresario. Este puede llevar a cabo

⁶⁷ En otra parte he defendido que en el sistema jurídico-laboral español, el principal elemento que condiciona las relaciones de poder entre empresarios y trabajadores es la antigüedad del trabajador en la empresa. “Regulation of Dismissal and Mobilisation of Labour Rights: a Critical Perspective on the Spanish System”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, Vol. II, nº 1-2, 2013. El análisis de los casos observados es coherente con estos planteamientos, por cuanto en los 11 casos en los que consta la antigüedad en la papeleta, esta es siempre superior a seis años (y a menudo muy superior). No obstante, para extraer conclusiones más representativas respecto a esta cuestión sería muy conveniente hacer un estudio cuantitativo que considerara un mayor número de casos y que tuviera en cuenta, además de la antigüedad, otros factores.

unilateralmente modificaciones sustanciales de cualquier condición contractual -incluyendo la cuantía del salario- o traslados que exijan cambio de residencia, siempre que exista causa. A este respecto, la exigencia de causa es mínima; basta con que la medida realmente sea beneficiosa para el empresario -es decir, que no sea arbitraria o fraudulenta- para que sea suficiente. Por ello, los trabajadores a menudo incorporan a la papeleta reivindicaciones adicionales a las que realmente suscitan el conflicto, para invocar los límites de los arts. 39.1 y 50.1 a) ET con objeto de mejorar su posición de debilidad⁶⁸. Esta manipulación es una manifestación de la influencia del Derecho sobre las estrategias de las partes en la negociación del conflicto laboral.

Por otra parte, los requisitos de procedimiento para los traslados o modificaciones sustanciales individuales son muy sencillos. Como es sabido, basta con notificar la decisión por escrito al trabajador con un período de preaviso, indicando la causa. En algunos casos puntuales, los empresarios pueden incumplir estos requisitos por pura ignorancia o por falta de recursos (Caso 5), pero es más común que lo hagan por motivos estratégicos. En efecto, dado que existe una cierta incertidumbre respecto a la calificación judicial del carácter sustancial de una modificación, en ocasiones los empresarios optan por plantear la modificación como accesorio, con objeto de eludir la opción de los trabajadores por la extinción indemnizada (especialmente si tienen una antigüedad alta). Así pues, son los trabajadores los que tienen la carga de impugnar la modificación, para poder conseguir, en su caso, al menos la extinción indemnizada. En este contexto, los trabajadores frecuentemente impugnan las decisiones empresariales llevadas a cabo “sin procedimiento”, por este motivo, aunque el conflicto real se refiere más bien al perjuicio sustancial provocado por la modificación [Casos 4, 5, 8, 10].

En otros supuestos, el planteamiento de las vicisitudes es precisamente una conducta estratégica y manipulativa del empresario para conseguir de manera indirecta la extinción indemnizada del contrato, obteniendo los resultados de un “despido por causas objetivas” a un menor riesgo. En efecto, por más que se

⁶⁸ Así, por ejemplo, en el Caso 4 el problema real era que a la trabajadora se le había obligado a trabajar en fin de semana, pero en la papeleta se mencionó también una movilidad funcional que supuestamente era inadecuada para su formación y que podía implicar una mayor peligrosidad; estas cuestiones no se discutieron en el acto de mediación. Por otra parte, en el Caso 7 se invocaba un perjuicio a la dignidad del trabajador y se mencionaron diversas conductas de la empresa que realmente no se enfatizaron en el acto, puesto que el problema real no era otro que la pérdida de la cartera de clientes.

haya flexibilizado la causa de despido, siempre existe una cierta incertidumbre respecto a la posibilidad de que el juez pueda declarar un despido improcedente, de manera que en la práctica pueden terminarse pactando indemnizaciones intermedias. En cambio, si el empresario es capaz de plantear una vicisitud del contrato que responda a una lógica empresarial real y que al mismo tiempo no sea asumible por el trabajador en base a sus circunstancias personales, el peor resultado que puede obtener es la indemnización de 20 días de salario por año de servicio. Según el Coordinador, esta estrategia es muy frecuente a partir de la reforma laboral⁶⁹. En las mediaciones observadas, es posible que esta estrategia estuviera implícita en varios supuestos (como el 7 y el 8, en los que la empresa hizo la oferta de extinción indemnizada en el acto de mediación aunque las modificaciones no se habían planteado como “sustanciales”), pero resulta especialmente perceptible en el Caso 11, relativo a un traslado de la provincia de Cádiz a El Ferrol⁷⁰.

Los casos de traslado (Casos 10 y 11) ilustran de manera especialmente clara la principal ventaja jurídica que tiene el empresario en todos los casos, ya sean vicisitudes de la relación o reclamaciones de derechos. Esta ventaja es el control del *statu quo* derivado de su posición de preeminencia reconocida por el ordenamiento. Una vez que el trabajador toma la decisión de movilizar formalmente sus derechos (arriesgándose a un deterioro de la relación personal con el empresario), esta movilización, con la consiguiente inversión de tiempo, recursos, energía y desgaste de la relación personal, debe mantenerse durante un

⁶⁹ “Es muy claro que las modificaciones se están utilizando para aumentar beneficios, no tanto como para impedir una situación negativa y también para abaratar los despidos. Aquí ya nadie despide, sino que ‘yo te mando un traslado y tú optas por la extinción’. Eso es continuo, se ve a partir de 2012 con mucha claridad”.

⁷⁰ En este supuesto, la empresa había cerrado su centro de trabajo en la provincia, trasladando a la trabajadora con arreglo al procedimiento legal (puesto que en este caso no había dudas de que se trataba de un traslado). El traslado no resultaba asumible para la trabajadora por motivos familiares. Ella alegaba que la empresa estaba desviando la clientela a otra empresa local, que ya había asumido a dos de sus compañeros y que, de hecho, la había sondeado informalmente para contratarla, aunque perdiendo su antigüedad y empeorándose en otros aspectos sus condiciones. Así pues, alegaba que existía una subrogación empresarial. En este caso es muy probable que la empresa hubiera construido artificialmente el supuesto para conseguir una extinción indemnizada con una indemnización de 20 días. En cambio, la trabajadora, según declaró en conversación informal posterior pretendía, o bien incorporarse a la nueva empresa en sus condiciones anteriores, o bien extinguir el contrato con una indemnización equivalente a la de despido improcedente y posteriormente incorporarse a la nueva empresa en las condiciones inferiores que le habían ofrecido.

tiempo muy prolongado, durante el cual se sigue dando por válida la vicisitud emprendida por el empresario o su negativa a la reclamación de un derecho. En el mejor de los casos, los procesos se prolongan durante meses y en ese período los trabajadores afectados deben adaptarse a la situación impuesta por el empresario o bien extinguir su contrato de uno u otro modo⁷¹. En este sentido, la lentitud del poder judicial, en términos estratégicos mejora significativamente la BATNA judicial del empresario y dificulta enormemente el acuerdo⁷².

En un contexto normativo poco favorable para el trabajador, este en ocasiones muestra relaciones de “resignación” (por ejemplo, en el Caso 10). Esta resignación se remitía a la “reforma laboral” (de 2012) como hito que ha determinado un grave desequilibrio de poderes en el seno de la relación laboral individual. La observación y la entrevista muestran que los efectos de la reforma no han sido solo jurídicos, sino también simbólicos, en la medida en que los empresarios se han sentido especialmente legitimados para tomar determinadas medidas, aunque algunas de ellas ya eran posibles con la regulación anterior.

De manera muy clara, la actitud del empresario en la mediación está fuertemente condicionada por este desequilibrio de poder. En algunos casos, la empresa ni siquiera asistió al acto (Casos 1 y 6, así como una de las dos empresas demandadas en el Caso 14)⁷³. Aparentemente, en estos supuestos existe una relación de “indiferencia” con el ordenamiento, pero a mi juicio esta indiferencia se combina con relaciones de “legitimación”-el empresario piensa que tiene la

⁷¹ Así, en el Caso 10 la trabajadora debía trasladarse de El Puerto de Santa María a El Ferrol o bien solicitar la extinción indemnizada; la Graduada Social que defendía a la trabajadora pretendía solicitar medidas cautelares, pero no se mostraba muy optimista respecto a sus resultados. En el Caso 11 se desplazaba a varias trabajadoras a distintos centros de la provincia con motivo del cierre de un centro; a pesar de que la distancia era mucho menor, se producían cambios de horarios incompatibles con sus responsabilidades familiares, de modo que estas se veían forzadas a extinguir el contrato.

⁷² Como describía el Coordinador: “Puede que te lo tenga que pagar pero te lo voy a pagar dentro de dos años y dentro de dos años ya veremos si estoy, si no estoy, si se subrogará otro [...] o negociaré cuando llegue el momento, no ahora [...] en vía judicial, cuando te hayas tenido que gastar dinero, si me presentas la demanda [...] Es una fase muy previa y está muy ‘verde’ el conflicto, de modo que la empresa tiene mucho margen para ganar”.

⁷³ Según las estadísticas oficiales para toda Andalucía en 2014, la empresa no asistió en 95 casos de un total de 423 (22’46%).

razón- y, sobre todo, de “manipulación” del ordenamiento⁷⁴. En ocasiones la asistencia de la empresa se debía únicamente a una conducta de cortesía, mostrando abiertamente su falta de disposición inicial (Casos 10, 11 y 12) o participando en la negociación con posturas bastante cerradas (casos 4, 9 y 13, así como caso 7 salvo la posibilidad de extinción indemnizada).

El mayor incentivo para negociar es el hecho de que los contenidos sustanciales del Derecho supongan un cierto reequilibrio de poderes entre el trabajador y empresario. En los Casos 3 y 5, en que la ley amparaba claramente las pretensiones de los trabajadores y la amenaza de la vía judicial era creíble, se alcanzó un acuerdo a pesar de que, desde un punto de vista emocional, los empresarios estaban muy poco dispuestos a ello. Las relaciones de la empresa con el ordenamiento fueron pasando gradualmente de la “indiferencia” o la “oposición” a la “resignación”. En cambio, cuando existe mayor incertidumbre respecto al resultado final, el empresario está en una situación de ventaja, derivada su dominio del *statu quo*.

En algunos casos, no obstante, pueden ser relevantes algunas circunstancias extrajurídicas. La más importante es, seguramente, la necesidad que tienen algunas empresas de mantener un buen clima laboral, además de una buena imagen pública⁷⁵. Estas causas adquieren mayor relevancia debido a la pérdida de la fuerza tuitiva del Derecho del Trabajo español a partir de las sucesivas reformas, pero eso no impide que, como regla general, la negociación efectiva sea muy difícil cuando no existe un reequilibrio de la desigualdad de poderes inherente a las relaciones de trabajo asalariado.

⁷⁴ Como ya se ha visto, en la inmensa mayoría de los casos, la mediación ante el SERCLA es un trámite voluntario. En este sentido, no parece que puedan aplicarse las sanciones pecuniaras previstas en el art. 97.3 LJS para el demandado que no acuda injustificadamente al acto de conciliación. Así pues, al estar en la posesión del *statu quo*, muchos empresarios no tienen ningún incentivo para asistir al acto. Según el Coordinador provincial, la asistencia de los empresarios o sus representantes se consigue normalmente a través de un trabajo de comunicación constante e insistente por parte de la institución (más allá de la mera notificación).

⁷⁵ Según el Coordinador, debido a esta circunstancia, cuando no existe un conflicto directo y personal con el empresario, sino una discrepancia exclusivamente laboral o bien provocada por los efectos colaterales de un conflicto con otro trabajador, es posible que la empresa está dispuesta a pactar un acuerdo. En los casos observados, la necesidad de mantener un buen clima laboral pudo apreciarse de manera clara en los casos 4, 7, 8 y 13, pero solo fue suficiente para alcanzar un acuerdo en el Caso 8 (que afectaba a una entidad sin ánimo de lucro y finalidad social con presencia sindical).

7. CONCLUSIONES

Las mediaciones individuales en el SERCLA constituyen un escenario fronterizo entre la gestión cotidiana del conflicto laboral en el seno de las empresas y el sistema judicial, que resulta especialmente interesante para observar y analizar la influencia real del Derecho en la práctica social. Esta observación requiere la utilización de técnicas que no son habituales entre los juristas-investigadores, pero que proporcionan información relevante para la Ciencia del Derecho. En este sentido, las técnicas cualitativas no permiten conocer la frecuencia de los acontecimientos pero sí facilitan la formulación de proposiciones teóricas conectadas con la realidad, que permiten una mayor comprensión de la práctica jurídica.

Los conflictos planteados en el escenario estudiado son siempre de carácter “jurídico”, dado que se formalizan a través de la movilización explícita del Derecho por parte del trabajador. No obstante lo anterior, la institución procura convertirlos en conflictos “de regulación de intereses” durante el proceso de mediación para permitir el planteamiento de alternativas a las posiciones de partida de las partes. En este contexto, los contenidos del Derecho del Trabajo influyen de manera “subterránea”, determinando los objetivos del equipo de mediación, configurando tanto en sentido negativo como positivo el espacio de posibilidades del acuerdo y, sobre todo, condicionando la relación de poder entre las partes.

En esta fase del conflicto, la fuerza del Derecho no se basa su valor moral intrínseco, sino más bien en su poder coactivo. La intervención de los profesionales tiende a reforzar este aspecto, puesto que generalmente se focaliza en los efectos que puede tener la práctica jurídica real sobre los intereses de las personas a quien asisten.

En las relaciones laborales, los empleadores se encuentran en una posición estructural de ventaja. Esta posición está reconocida y legitimada por el Derecho del Trabajo, que otorga al empresario el control del *statu quo*. El trabajador tiene siempre la carga de movilizar de algún modo el Derecho para alterar el orden de cosas establecido por el poder empresarial. En caso de impugnación se mantiene la eficacia jurídica de las decisiones del empleador hasta que no se alcance una resolución judicial.

En la medida en que los contenidos tuitivos del Derecho Laboral sean claros y se apliquen efectivamente, se puede facilitar que se produzca una negociación real. Esto permitiría equilibrar en parte esta desigualdad básica en el

ámbito de la mediación, sin necesidad de que los trabajadores acudan a juicio. En cambio, cuando la regulación es claramente favorable al empresario, como sucede en gran medida en la actualidad, resulta muy difícil alcanzar acuerdos que pongan algún límite al ejercicio discrecional del poder unilateral. En muchos casos los trabajadores tienen que manipular el ordenamiento para poder sentarse a negociar en un acto de mediación institucional, confiando en factores extrajurídicos como la necesidad de algunas empresas de mantener un buen clima de trabajo o una buena imagen, pero estos elementos normalmente no son suficientes para que se alcance una negociación equilibrada. Como señaló Thomas Hobbes hace más de tres siglos, donde no hay un poder común, la ley realmente no existe y dónde no existe la ley, no puede haber justicia.

POLÍTICAS DE CONCILIACIÓN LABORAL DE LA MUJER, MERCADO DE TRABAJO Y RETOS DEMOGRÁFICOS

FRANCESCA MALZANI

Ricercatrice en la Universidad de Brescia (Italia)

EXTRACTO

Palabras clave: Conciliación laboral y familiar, participación de la mujer, políticas europea e italiana

El artículo tiene como objetivo investigar las políticas europea e italiana de conciliación y apoyo a la familia en la perspectiva de la identificación de propuestas útiles para la mejora de las condiciones de vida y trabajo de las mujeres, tanto en relación con el cuidado de los hijos como al cuidado de ancianos. En ambos casos, la participación de las mujeres es frecuente, con repercusiones en la fragmentación de las carreras lo que produce nueva fragilidad social y nueva pobreza.

ABSTRACT

Key words: Work-family life balance, women's participation, European and Italian policies

The paper aims to investigate the Italian policies of conciliation and family supporting to express proposals useful to improve the conditions of life and work of women, with regard to child care and elderly care. In both cases, the involvement of women is prevalent, with repercussions on the fragmentation of careers that produces new social fragility and new poverty.

ÍNDICE

1. LAS POLÍTICAS EUROPEAS DE CONCILIACIÓN
2. EL CONCEPTO DE FAMILIA Y LOS NUEVOS DESAFÍOS PARA LA LEGISLACIÓN EUROPEA
 - 2.1. Las parejas del mismo sexo
3. POLÍTICAS ITALIANAS. LA PROTECCIÓN DE LAS RELACIONES PARENTALES EN EL MARCO DE LA CRISIS
 - 3.1. Tendencias demográficas, extensión del trabajo y nuevas tareas de atención: cuidado de los niños y de los ancianos

1. LAS POLÍTICAS EUROPEAS DE CONCILIACIÓN

El Parlamento Europeo, en 2014, describió la conciliación como un medio para lograr la igualdad entre mujeres y hombres, estimada como valor fundamental de la Unión. El objetivo de la conciliación se coloca en un escenario complejo en el que nuevos problemas requieren respuestas e intervenciones urgentes: las tendencias demográficas, la crisis económica y financiera, el desempleo, la pobreza y la exclusión social.

Las políticas de conciliación, según el Parlamento Europeo, pueden tener un impacto positivo en varios aspectos y, en particular, reducir las disparidades salariales de género, constituir un elemento clave para el empleo sostenible y una recuperación inducida por los ingresos derivados del trabajo de la mujeres, permitir enfrentarse a los retos demográficos y a que las personas asuman sus responsabilidades familiares en una perspectiva más igualitaria.

El tema de la conciliación siempre ha sido tratado desde una perspectiva femenina, teniendo en cuenta un modelo de familia con una división estereotipada y muy marcada de los roles, correspondiendo a la mujer el trabajo de cuidado y atención de manera exclusiva o predominante. La conciliación fue, en este sentido, pensada como una necesidad motivada por el deseo de salir de casa y mirar hacia el mercado de trabajo (por necesidades económicas, por logros profesionales, etc.) y se ha introducido en el discurso sobre la igualdad de género.

Esta perspectiva en parte ha cambiado y el cambio, aunque con las dificultades que voy a tratar de poner de relieve, en el papel de las mujeres dentro y fuera de la casa, en las últimas décadas, ha afectado a la sociedad de manera más amplia. No sólo, obviamente, en la composición del mercado de trabajo – a pesar de las asimetrías aún evidentes (discriminación relacionada con las funciones de atención, brecha salarial, segregación horizontal y vertical, etc.) – sino, en

general, ha influido en «las estructuras familiares, las relaciones entre géneros y generaciones, las tendencias demográficas, los sistemas de protección social»¹.

La filósofa de la política Jennifer Nedelsky, en algunas entrevistas recientes, argumentó que la relación entre el trabajo y el cuidado tiene que ser profundamente repensado porque se refiere no sólo a las relaciones entre hombres y mujeres, sino también a aquellas entre jóvenes y ancianos, ricos y pobres: la cultura del cuidado implica, de hecho, una sociedad más democrática e igualitaria. En los años Noventa, Nancy Fraser propuso la transición a un *modelo del cuidador universal (doble portador de ingresos/doble carrera profesional)*, mediante el cual se podía lograr la transformación efectiva de papeles en el mercado de trabajo y fuera del mercado de trabajo, la promoción de la igualdad del compromiso de hombres y mujeres en el trabajo remunerado y no remunerado. La construcción de una *sociedad de cuidadores universal* debería haber sido acompañada por una revisión exhaustiva de las políticas sociales y de la organización del trabajo para permitir a los llamados *cuidadores* (los padres con respecto a los hijos menores de edad; los hijos con respecto a sus padres en la vejez; hermanos o hermanas entre sí mismo) de llevar a cabo las tareas de cuidado².

En el cambio de escenario de las últimas décadas, los problemas de conciliación pierden su connotación femenina³, y en cierto sentido salen del debate feminista y afectan también a los hombres, a diferencia de lo que ocurrió después de la Segunda Guerra Mundial⁴. La búsqueda de un nuevo equilibrio entre el tiempo de trabajo remunerado y el tiempo de vida está vinculada a dos razones básicas que reclaman acelerar la identificación de una asignación diferente y más compartida de las tareas familiares.

¹ L. Zanfrini, *Il ruolo delle donne come chiave di volta delle transizioni in atto*, en L. Zanfrini (coord.), *La rivoluzione incompiuta. Il lavoro delle donne tra retorica della femminilità e nuove disuguaglianze*, Edizioni Lavoro, Roma, 2005, p. 12.

² N. Fraser, *After the Family Wage: Gender Equity and Welfare State*, PT, 1994, vol. 22, p. 591 ss.

³ M. Magnani, *La famiglia nel diritto del lavoro*, ADL, 2012, p. 844 ss., subraya que durante mucho tiempo las políticas de protección de la familia se han identificado con las políticas para proteger a las mujeres; M.V. Ballestrero, *Donne (lavoro delle)*, en *Digesto*, 1990.

⁴ M. Naldini, C. Saraceno, *Conciliare famiglia e lavoro. Vecchi e nuovi patti tra sessi e generazioni*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 7 ss.

Por un lado, el envejecimiento de la población trae a un primer plano las cuestiones del dilema de la fertilidad y la atención no sólo de los niños sino también de los ancianos⁵. Los demógrafos hablan de “*síndrome de aplazamiento*”, en relación a la media de edad del matrimonio y el nacimiento del primer hijo. Este síndrome, sin embargo, también se explica por el alargamiento del periodo educativo, el desempleo juvenil y la dificultad de acceso a la vivienda: «el deseo de tener hijos no ha cambiado, sino que se ha transformado la forma en la que los futuros padres deciden». Antes se tenía en cuenta sobre todo la capacidad de ingresos prevalecientemente del hombre; ahora tenemos en cuenta también la carrera profesional de las mujeres, los ingresos de la pareja, el tipo de trabajo y la presencia de las políticas de bienestar⁶. Existe, por tanto, una negociación en la que surge, sobre todo en las parejas con mayor nivel educativo, una creciente capacidad de las mujeres para imponer sus preferencias, a pesar de una tendencia a perpetuar las normas convencionales sobre los roles de género.

Por otra parte, la evolución en el mercado de trabajo, agravada por la crisis económica prolongada de los últimos años, ha cerrado finalmente el prototipo de *único sostén de la familia/responsable del hogar* porque el ingreso masculino puede no ser estable o no ser suficiente para alcanzar las expectativas más amplias de la familia (educación de los hijos, salud privada, externalización de algunas tareas domésticas, etc.). Los modelos de familia, sin embargo, siguen siendo diversos en los diferentes contextos nacionales en los que tienen su origen y en consecuencia, la distribución del trabajo dentro de la familia⁷.

El paso hacia el intercambio de roles parentales – entendido como un salto cualitativo y de ruptura de las normas culturales – precisa de herramientas con las que el ordenamiento jurídico y el intérprete deben enfrentarse. Además, si no se desea adherirse acríticamente a la idea de la existencia de un único modelo de familia y se considera, en cambio, el tamaño “*caleidoscópico*”⁸ – forma estable

⁵ Commission, *Green Paper. Confronting demographic change: a new solidarity between the generations*, Brussels, 16.3.2005, COM (2005) 94 final.

⁶ G. Esping Andersen, *La rivoluzione incompiuta. Donne, famiglie, welfare*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 41 ss.

⁷ Habla de división sexual del trabajo e interacción entre regulación del mercado y relaciones familiares, M. Barbera, *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, en *Enc. G. Trecc.*, 2008, p. 1.

⁸ C. Saraceno, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Feltrinelli, Milano, 2012, pp. 27-28.

de compartir afectiva – que la familia ha asumido en la sociedad moderna, entonces las políticas supranacionales y nacionales sobre el tema deben ser releídas teniendo en cuenta las realidades emergentes (las parejas homosexuales, padres solteros, núcleos transnacionales, núcleos agrandados por la presencia de personas mayores, etc.). Esto revelará nuevas deficiencias y retos con los cuales los responsables políticos y los legisladores deben enfrentarse.

Para pasar del enfoque tradicional, que combina la conciliación y el papel de la mujer en el mercado laboral, y tratar de superarlo, hay que señalar que las intervenciones europeas de las últimas dos décadas han mostrado una creciente toma de conciencia sobre el hecho de que la presencia de las mujeres en el trabajo ha cambiado tanto en número como en calidad. Sin embargo, dicha toma de conciencia no siempre se ha traducido en herramientas de intervención apropiadas.

Este cambio requiere repensar todo el sistema de derechos y oportunidades para las mujeres⁹. La participación de las mujeres en el mercado laboral continúa padeciendo el déficit de políticas adecuadas para equilibrar su papel en la familia y en el trabajo y la ausencia de intercambio efectivo de funciones de los padres que tarda en llevarse a cabo en particular en la Europa central y meridional. Esto sucede a pesar de que se ha pasado, como ya he mencionado, desde el arquetipo tradicional de *single breadwinner* a un sistema de *un ganador y medio de ingresos/carrera profesional* hasta el *doble portador de ingresos/doble carrera profesional*¹⁰ que, especialmente entre las generaciones más jóvenes, ve la pareja dedicada a las actividades dirigidas al mercado¹¹.

Las razones se encuentran, como ya he dicho, en la educación superior de la pareja y, cada vez más, en la necesidad de una renta dual para satisfacer las necesidades de la familia (piénsese en los costes de los servicios de atención a niños en edad preescolar y en los de la tercera edad dependiente). El modelo caracterizado por la presencia de dos perceptores de ingresos es también funcional para reactivar el crecimiento en un período de grave crisis económica

⁹ Commission, *Green Paper. European Social Policy. Options for the Union*, COM (93) 551 def., Luxembourg, 17.11.1993, p. 24.

¹⁰ M. Weldon-Johns, *EU Work-Family Policies. Challenging Parental Role or Reinforcing Gendered Stereotypes?*, en *ELJ*, vol. 19, 2013, p. 662 ss.

¹¹ R. Ciccio, I. Bleijenbergh, *After the Male Breadwinner Model? Childcare Services and the Division of Labor in European Countries*, in *SP*, 2014, vol. 21, 2, p. 50 ss.

y asigna a la mujer un papel fundamental¹² en la lucha contra la pobreza¹³. La permanencia de las mujeres en el mercado laboral debe leerse también en relación con el cuidado de los ancianos: el problema, entonces, se mueve entre las dificultades de acceso o salida anticipada del mercado de trabajo, debido al nacimiento de los hijos y al abandono temprano del trabajo en comparación con la edad de jubilación, para el cuidado de las personas mayores u otros miembros de la familia adultos dependientes.

Las familias han adquirido características muy diferentes a las del final del siglo pasado: monoparentales, homosexuales, “*a distancia*”¹⁴, con «relaciones intergeneracionales cada vez más largas, pero también cada vez más *delgadas*», por la reducción progresiva, a lo largo de los años, del número de hijos¹⁵ y la presencia de las personas mayores o adultos en situación de dependencia.

Esping Andersen propone un enfoque holístico para dar cuenta de la revolución inconclusa, es decir, un cambio en el *status* social de la mujer que, no obstante, no ha alcanzado aun su plena expresión. Su análisis es diferente del adoptado por el pensamiento feminista tradicional. De hecho, él lee el fenómeno de la «*revolución silenciosa*» de las mujeres, no sólo en términos de la desigualdad de género, sino también investiga la evolución de las trayectorias biográficas femeninas para identificar los mecanismos subyacentes¹⁶. El mismo resultado (la elección de no casarse) se ha producido en el tiempo por razones

¹² R. Mahon, *The Oecd and the work/family reconciliation agenda: Competing frames*, en J. Lewis (ed.), *Children, Changing Families and Welfare State*, Elgar, Cheltenham, 2006, p. 173 ss.

¹³ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Second European Quality and Life Survey. Family Life and Work*, Eurofound, Luxembourg, 2010, p. 42 ss., sobre la tendencia de las mujeres a abandonar el mercado laboral ante la falta de conciliación entre trabajo y cuidado familiar; Council, *Resolution on equal participation by women in an employment-intensive economic growth strategy within European Union*, 6.12.1994, que identifica algunas herramientas: el permiso parental, la formación promoción del trabajo a tiempo parcial y los horarios flexibles.

¹⁴ Se observa, entre otras cosas, un proceso inverso al de principios del siglo XX, es decir, a una feminización de las migraciones contemporáneas, lo que pone de relieve no sólo el papel de las mujeres inmigrantes en el mercado laboral, sino también cómo el proceso afecta a las estructuras familiares en el país de origen donde muy a menudo los niños se quedan al cuidado de los abuelos. L. Zanfrini, *Braccia, menti e cuori migranti: la nuova divisione internazionale del lavoro riproduttivo*, en L. Zanfrini (coord.), *La rivoluzione incompiuta. Il lavoro delle donne tra retorica della femminilità e nuove disuguaglianze*, Edizioni Lavoro, Roma, 2005, p. 239 ss.

¹⁵ C. Saraceno, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, cit., p. 36.

¹⁶ G. Esping Andersen, *Oltre lo stato assistenziale. Per un nuovo “patto tra generazioni”*, Garzanti, Milano, 2010, p. 19 ss.

muy diferentes: en el pasado, la pobreza generalizada y la postergación del matrimonio, ahora la voluntad de las mujeres. Del mismo modo, la monoparentalidad estaba vinculada a la viudedad y ahora al divorcio o, en algunos casos, a la elección individual de tener hijos sin tener necesariamente una pareja (piénsese por ejemplo en el uso de la técnica de reproducción asistida permitido en el extranjero incluso a mujeres solteras). Por otra parte, muchas decisiones están ancladas a las nuevas relaciones de poder entre mujeres y hombres, algunas de las cuales encuentran sus raíces en contextos familiares más equitativos, especialmente donde hay un alto nivel de educación de ambos miembros de la pareja. El autor pone así en evidencia que la homogamia, es decir, la tendencia a elegir la pareja dentro de un mismo grupo social, es un factor de simetría entre los sexos que transmite formas de reparto de funciones o, en el sentido diametralmente opuesto, puede cristalizar formas de segregación de las mujeres que causan un impacto significativo en los hijos, en términos de apoyo a la educación y acceso a servicios no ampliamente ofrecidos por el sector público, como explicaré más adelante.

Aunque la posibilidad de conciliar vida profesional-vida familiar sigue siendo una clave importante en la definición de la participación femenina en posición de igualdad con los hombres en el mercado laboral y, en general en la sociedad civil, sin embargo, no es la única.

La visión de *transversalidad de género* ofrecida por la Comisión Europea en el 1996 – y seguida con los programas marco 2001-2005¹⁷, 2006-2010¹⁸ y 2010-2015¹⁹ – insiste, de hecho, en la promoción de cambios en todos los niveles de la sociedad, afectando a las estructuras familiares, a las prácticas institucionales y a la organización del trabajo²⁰. El objetivo es construir una democracia solidaria garantizada a través de la plena participación y representación equilibrada de todos los ciudadanos en la toma de decisiones y en la vida econó-

¹⁷ Commission, *Towards A Community Framework Strategy On Gender Equality (2001-2005)*, Brussels, 7.6.2000, COM (2000) 335 final.

¹⁸ Commission, *A Roadmap for equality between women and men 2006-2010*, Brussels, 1.3.2006, COM (2006) 92 final, que define la igualdad entre mujeres y hombres como un derecho fundamental, un valor común de la UE y una condición necesaria para el logro de los objetivos de crecimiento, empleo y cohesión social.

¹⁹ Commission, *Strategy for equality between women and men 2010-2015*, Brussels, 21.9.2010, COM (2010) 491 final.

²⁰ Commission *Incorporating Equal Opportunities For Women And Men Into All Community Policies And Activities*, Brussels, 21.02.1996, COM (96) 67 final.

mica, social, cultural y civil con horizontes más amplios que los de la integración en el mercado laboral²¹.

Con respecto a esta última cuestión, la Resolución de 2000²² había propuesto intervenciones en materia fiscal, acceso a la formación permanente, adopción de políticas activas de empleo y superación de la segregación ocupacional, a las cuales se han sumado, en los documentos posteriores, la lucha contra la pobreza, el fortalecimiento de la protección social, el desarrollo de herramientas contra la discriminación múltiple y la violencia de género (que afectan más a la mujeres), la eliminación de la brecha salarial y la igualdad en la toma de decisiones a nivel político y social²³.

La permanencia en el mercado laboral, también como una estrategia para combatir la pobreza, reclama la integración de las intervenciones europeas entre las cuales encontramos las destinadas a «promover la salud a lo largo de la vida laboral, a partir de los primeros empleos», a través de la adaptación de las condiciones de trabajo al envejecimiento y a la prolongación de la vida activa a través de la postergación del momento de la jubilación.

Según la Estrategia de Seguridad 2014-2020²⁴ dicha perspectiva «ayuda a equilibrar los efectos a largo plazo del envejecimiento de la población, en línea con los objetivos de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo».

Esping Andersen habla de un nuevo papel de la mujer que se desarrolla en la sociedad del conocimiento²⁵; pero la aproximación a los cambios en las

²¹ COM (2000) 335; en la participación de las mujeres en la toma de decisiones en materia económica, Commission, *Proposal For a Directive on Improving the Gender Balance Among Non-Executive Directors of Companies Listed on Stock Exchanges and Related Measures*, Brussels, 14.11.2012, COM (2012) 614 final.

²² Council, *Resolution on the balanced participation of women and men in family and working life*, 2000/C 218/02, 29.6.2000, habla de la necesidad de un enfoque global e integrado para conciliar la vida laboral y familiar y promover, así la igualdad entre hombres y mujeres; European Parliament, *Resolution on reconciling professional, family and private lives*, 2003/2129(INI), 9.3.2004.

²³ COM (2010) 491 def.

²⁴ Commission, *EU Strategic Framework on Health and Safety at Work 2014-2020*, Brussels, 6.6.2014, COM (2014) 332 final, p. 2 e p. 7; Eu-Osha, *Campaign Guide. Managing stress and psychosocial risks at work*, Luxembourg, 2014.

²⁵ G. Esping Andersen, *La rivoluzione incompiuta*, cit., p. 73 ss.

opciones sobre fertilidad sólo puede ser holística pues de lo contrario se corre el riesgo de acentuar nuevas desigualdades sociales: *a)* un profundo crecimiento de las desigualdades de ingresos vinculada a la posición mantenida en el mercado laboral (beneficios relacionados con las calificaciones, el desempleo, la pérdida de poder de los sindicatos, la desregulación del contrato de trabajo) y a los cambios en la estructura de la familia; *b)* una brecha entre las familias pobres y las familias ricas por razón de trabajo; *c)* el crecimiento de los riesgos sociales en los grupos tradicionalmente más vulnerables; *d)* una marcada diferencia en la inversión en la educación de los niños.

Las acciones correctivas deben ser, por lo tanto, adoptadas a trescientos sesenta grados. No sólo con las intervenciones relacionadas con la igualdad de oportunidades, sino también en relación al acceso a la vivienda, a la educación, a la salud, aumento de la solidaridad intergeneracional, revisión de los sistemas de bienestar a nivel macro y micro (a nivel local y de empresa).

Sin embargo, como suele ser el caso cuando se trata de estos temas, a las declaraciones de intenciones no han seguido las políticas activas de intervención. Por otra parte, a menudo el espacio de debate se limita a la definición de qué se entiende por “familia” y, por lo tanto, sobre quiénes son los destinatarios de las posibles medidas de apoyo o incentivo.

2. EL CONCEPTO DE FAMILIA Y LOS NUEVOS DESAFÍOS PARA LA LEGISLACIÓN EUROPEA

Los documentos europeos adoptados en apoyo a la conciliación de la vida laboral y familiar, orientados a mejorar la posición de las mujeres en el mercado laboral y a superar las desigualdades, siguen hablando genéricamente de “*familia*”. Sin embargo, entender lo que queremos decir cuando hablamos de familia²⁶ es útil no solo para poner de relieve los cambios que se han producido en las relaciones afectivas, sino también y sobre todo, para comprobar la eficacia de políticas sociales e instrumentos jurídicos que entran en juego cuando éstas relaciones se enfrantan, de diferentes maneras, con derechos y obligaciones.

La Directiva sobre el permiso parental de 1994 tenía en cuenta la relación entre padres e hijos naturales o adoptados y no imponía el requisito de la rela-

²⁶ M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Laterza, Roma, 2014, p. 56 ss.

ción matrimonial para reconocer los derechos de los trabajadores padres. La reforma de 2010 (dir. n. 2000/18/Ue), en la cláusula 1, expresamente declara «tener en cuenta la creciente diversidad de estructuras familiares».

El Derecho del Trabajo no asume una noción única de familia y las relaciones familiares se detectan de manera diferente en función de las instituciones jurídicas y del momento histórico. En Italia, las normas principales se encuentran en el decreto legislativo n. 151/2001, en la ley n. 53/2000 (art. 4) y en la ley n. 104/1992 (art. 33).

El primero destaca un modelo de familia nuclear; por otro lado, la leyes de 1992 y 2000 asumen una noción ampliada, en la que descendientes y ascendientes, hermanos y hermanas, yernos, nueros y suegros – incluso familia de hecho – tienen un papel muy importante en el cuidado familiar²⁷.

Sin embargo, solo ciertos tipos de permisos son remunerados – generalmente, los relativos a la familia nuclear – y ello actúa como un disuasivo para expandir el número de *cuidadores*. Precisamente por estas razones, las Cortes actúan un papel “*creativo*” para llenar los abundantes vacíos en la ley.

En el 2003 el Tribunal Constitucional ha sancionado la ilegalidad del art. 42, párrafo 5, del decreto legislativo n. 151/2001, porque en ausencia de personas adecuadas para cuidar a la persona con discapacidad, no permitía una ampliación de los sujetos titulares de derechos (nieta y tío)²⁸. El Tribunal confirmó la orientación de los últimos años, diseñada para desarrollar lazos familiares con la persona con discapacidad con el objetivo de garantizar no sólo la atención médica necesaria y la rehabilitación, sino también «el cuidado, la inclusión social y, sobre todo, la continuidad de las relaciones constitutivas de la personalidad humana»²⁹.

²⁷ M. Magnani, *La famiglia nel diritto del lavoro*, cit., p. 845.

²⁸ Tribunal Constitucional 18.7.2013, n. 203, en *GC*, 2013, 4, p. 2853 ss.

²⁹ Tribunal Constitucional 16.6.2005, n. 233, sobre el derecho al permiso por parte de hermanos y hermanas convivientes en el caso de que los padres sean incapaces de cuidar al hijo con discapacidad. Tribunal Constitucional 8.5.2007, n. 158, sobre el derecho al permiso por parte de la pareja (R. Nunin, *La Consulta estende al coniuge del disabile il diritto al congedo straordinario retribuito*, en *Fam. dir.*, 2007, p. 869 ss.). Tribunal Constitucional 30.1.2009, n. 19, sobre el derecho al permiso por parte del hijo de la persona con discapacidad

La manipulación de las intervenciones constitucionales añade un elemento fundamental para la declinación del principio de solidaridad que subyace a la ley sobre permisos parentales³⁰.

Como ya he dicho, la realidad devuelve imágenes familiares multifacéticas. La “familia a distancia”, por ejemplo, se caracteriza por la denominada feminización de las migraciones contemporáneas. Esto ha llevado a la atención de tendencias peculiares: por un lado, por supuesto, el creciente papel de las mujeres en el mercado laboral especialmente en los servicios de atención que las familias italianas (y no sólo) tienden a externalizar (*infra* §§ 3 e 3.1.)³¹, con la creación de *circuitos globales de atención/cuidado* o *cadenas de cuidado*; en segundo lugar, la necesidad de estrategias de cuidado *pluri-locales*, porque esas mismas mujeres, en principio, dejan a sus hijos en el país de origen confiando en el apoyo de ancianos que sucesivamente necesitaran cuidado³². En su caso, en cambio, sería posible una reunificación familiar con sus hijos, pero la pérdida de la red de apoyo inicial puede implicar la aparición de nueva pobreza y exclusión social: las mujeres deben confiar en los servicios para el cuidado de niños – pero el problema persiste incluso en la edad escolar – no siempre compatibles con el trabajo en términos de tiempo y precio accesible.

2.1. Las parejas del mismo sexo

Otro perfil poco explorado en relación con la aplicación de la legislación laboral en tema de permisos parentales, es aquel que implica las *parejas del mismo sexo*. A pesar de las peticiones del Parlamento Europeo para llegar a un reconocimiento mutuo dentro de la Unión Europea de las normas dedicadas a las parejas homosexuales³³ y la propuesta de la Comisión relativa a los regímenes

³⁰ M. Napoli, *Note introduttive*, en M. Napoli, M. Magnani, E. Balboni (coords.), *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, en NLCC, 2001, p. 1218; L. Calafà, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 116 ss.

³¹ El sector del trabajo doméstico es sin duda uno de los que ocupa el mayor porcentaje de empleo de las mujeres (*niñeras*, mujeres de la limpieza), sino también en otros sectores (restaurantes, bares). El rasgo común es que en ambos casos se trata de empleos con baja remuneración y, a menudo, precarios.

³² P. Bonizzoli, *Immigrant Working Mothers Reconciling Work and Childcare: The Experience of Latin American and Eastern European Women in Milan*, en SP, 2014, vol. 21, 2, p. 194 ss.

³³ European Parliament, *Resolution of 14 January 2009 on the situation of fundamental rights in the European Union 2004-2008*, 2007/2145 INI, pide a la Comisión que presente propuestas que garanticen el cumplimiento por parte de los Estados miembros del principio de reconocimiento mutuo a las parejas homosexuales, casadas o en una unión civil registrada.

de propiedad aplicables a las parejas registradas³⁴, en Italia falta una disciplina para las uniones civiles, aunque en los últimos meses en algunos municipios se ha realizado la transcripción de matrimonios de personas del mismo sexo celebrados en el extranjero en países que los reconocen³⁵.

En el caso de la inscripción del matrimonio (o institución similar), el miembro de la pareja tiene los mismos derechos reconocidos a los cónyuges y solo hay que investigar la relación (permisos u otros derechos) entre él/ella y los hijos biológicos – o adoptados – de el otro miembro de la pareja. Una reciente decisión del Tribunal de menores de Roma³⁶ ha reconocido a la pareja femenina, casada en el extranjero, de la madre natural de una niña, nacida con fecundación heteróloga, como segunda madre: la que se llama *adopción de hijastro* está reconocida en otros Países (Alemania, España, Austria, Eslovenia) para parejas heterosexuales y homosexuales.

El art. 44 de la ley n. 184/1983, modificado en 2001, prevé casos particulares de adopción para llevar a cabo el interés superior del menor: como, en el caso concreto, el interés superior a ver legalmente reconocido el papel de la persona que la menor ya identificaba como segunda madre. Este interés se cumple también en un hogar formado por un par de sujetos del mismo sexo, según lo declarado por el Tribunal Supremo en otro asunto donde se pedía la custodia del niño a la madre natural que vivía con a otra mujer³⁷.

La orientación sexual no debería ser en sí elemento de discriminación en la evaluación de la idoneidad a la adopción: lo que hay que valorar es la solidez del proyecto de vida familiar.

³⁴ Commission, *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships*, Brussels, 16.3.2011, COM (2011) 127 final.

³⁵ En otros países europeos ha tenido, sin embargo, inicio un proceso de reconocimiento de las peticiones formuladas por las parejas homosexuales a pesar de la distinción entre las leyes que han introducido formas específicas de unión civil (Francia, Portugal, Andorra), formas jurídicas equiparadas al matrimonio (Alemania, Suiza, Dinamarca, Reino Unido y Suecia) o que han extendido el matrimonio civil a los homosexuales (España, Países Bajos, Bélgica, Finlandia). P. Passaglia, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*, en *FI*, 2010, IV, c. 273 ss.

³⁶ Tribunal de Roma 30.7.2014, n. 299.

³⁷ Tribunal Supremo 11.1.2013, n. 601, in *Giust. Civ.*, 2013, 11-12, 1, p. 2508 ss. Algunos Estados del norte de Europa permiten la adopción así como el uso de la inseminación artificial: M. Bonini Baraldi, *Different Families, Same Rights?*, Ilga-Europe, Brussels, 2007, p. 14 ss.

Por el contrario, si el reconocimiento del matrimonio celebrado en el extranjero es imposible³⁸, el riesgo de una total ausencia de cobertura legal de la pareja (permiso para el cuidado, etc.), incluso en situaciones de convivencia estable, es bastante obvio.

La extensión analógica utilizada durante años para asegurar la protección de las parejas de hecho, puede no ser aceptada por los tribunales y, en todo caso, requeriría mucho tiempo con resultados parciales cuando la resolución se refiriese al caso individual y no se planteara una cuestión de constitucionalidad como en el pasado en relación a la cohabitación *more uxorio*.

En 2010 el Tribunal Constitucional dijo que las uniones homosexuales deben ser incluidas en los grupos sociales protegidos por el art. 2 de la Constitución italiana «que tienen el derecho fundamental a vivir libremente en un estado de pareja, obteniendo, en la forma y dentro de los límites establecidos por la ley, el reconocimiento legal de los derechos y deberes conexos»³⁹. Sin embargo, más adelante en la motivación, es decir, en el reconocimiento legal de las parejas homosexuales, el paradigma heterosexual se convierte en la norma exclusiva de la construcción del género y sus perfiles relacionales⁴⁰. Según el Tribunal, de hecho, los padres constituyentes adoptaron una noción de matrimonio basada en el Código Civil de 1942, por lo tanto el «significado del precepto constitucional no puede ser superado por la hermenéutica, porque no sería una simple lectura del sistema o un abandono de una mera práctica de la interpretación, sino se trataría de una interpretación creativa»⁴¹.

El Tribunal Constitucional no excluye, por lo tanto, su propia acción futura «para proteger situaciones específicas», donde se encuentre una violación del

³⁸ Tribunal Supremo 15.3.2012, n. 4184, en *Dir. fam.*, 2012, 2, p. 696 ss., que excluye la transcripción no por violación del orden público, sino por la falta de legislación nacional sobre el asunto.

³⁹ Entre las fuentes supranacionales, el art. 12 Cedh y el art. 9 de la Carta de Nizza, que debe leerse a la luz de la prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual (art. 1 y 14 Cedh; art. 21 Carta de Nizza; dir. n. 2000/43/Ce).

⁴⁰ B. Pezzini, *il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della corte costituzionale*, en *GC*, 3, 2010, p. 2715 ss.

⁴¹ Se trata de el llamado *criterio originalista* (que expresa la voluntad histórica de la legislatura constituyente), R. Romboli, *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la corte dice «troppo» e «troppo poco»*, en *GC*, 2, 2010, p. 1629 ss.

principio de igualdad entre las parejas casadas y las parejas homosexuales, pero la identificación del anillo de conjunción de secuencia lógica – que hace que sean comparables las situaciones específicas a las cuales se refiere, invirtiendo el paradigma heterosexual – se deja a la ley a través de la introducción de un reconocimiento de forma adecuada (matrimonio, unión civil, etc.). En cambio, el Tribunal de Estrasburgo, ha ofrecido en los últimos años, un sentido más amplio del significado de “*familia*”⁴², a través de la interpretación del derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado por el art. 8 de la CEDH⁴³. El Tribunal considera «legítimas formas de convivencia como las uniones registradas, como las de puro hecho, tanto heterosexuales como homosexuales»⁴⁴, aunque sería imposible exigir a los Estados miembros la garantía del acceso al matrimonio o la equivalencia entre las uniones civiles y el matrimonio. En esta línea, y con más prudencia, se encuentra la orientación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ⁴⁵, pero ambos tribunales nunca llegaron hasta el punto de adoptar una noción abierta de familia⁴⁶.

En la sentencia *Hay*, después de *Maruko* y *Römer*, el Tribunal de Justicia declaró la existencia de discriminación directa en la cláusula de un convenio

⁴² V. Scalisi, *Quale famiglia per l'Europa*, en R. Alessi, S. Mazzaresse, S. Mazzamuto, (coords.), *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 125 ss.

⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos 11.7.2002, *Goodwin c. Regno Unito* (ric. n. 28957/95); Tribunal Europeo de Derechos Humanos 24.6.2010, *Schalk e Kopf c. Austria* (ric. n. 30141/04); Tribunal Europeo de Derechos Humanos 15.3.2012, *Gas y Dubois c. Francia* (ric. 25951/07).

⁴⁴ M. Porcelli, *La famiglia al plurale*, en *Dir. Fam.*, 3, 2014, p. 1248 ss.

⁴⁵ C. Ricci, *La “famiglia” nella giurisprudenza comunitaria*, en S. Baratti (coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 100 ss.

Tribunal de Justicia 30.4.1996, *P. S y Cornwall County Council*, C-13/94, en *Racc.*, 1996, I-02143; Tribunal de Justicia 17.2.1998, *Grant c. South West Trains Ltd*, C-249/86, en *Racc.*, 1998, p. I-0621; Tribunal de Justicia 7.1.2004, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, C-117/01, en *Racc.*, 2004, p. I-0541 ss.; Tribunal de Justicia 27.4.2006, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, C-423/04, en *Racc.*, 2006, p. I-03585; más reciente, Tribunal de Justicia 10.5.2011, *Römer c. Freie u. Hansestadt Hamburg*, C-147/08, en *Racc.*, 2011, p. I-03591; Tribunal de Justicia 1.4.2008, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06, en *Racc.*, 2008, p. I-01757. Cfr. F. Ravelli, *The ECJ and supplementary pensions discrimination in EU law*, En *EJSL*, n. 1, 2012, p. 56 ss.

⁴⁶ La Carta de Nizza no ha adoptado un modelo específico de la familia (art. 9, art. 33): cfr. M. Barbera, *The Unsolved Conflict: Reshaping Family Work and Market Work in The EU Legal Order*, en T. Hervey, J. Kenner (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Portland, 2003, p. 141 ss.

colectivo que reconocía un permiso y un *bonus* ligado al hecho del matrimonio y que, por tanto, excluye a las parejas del mismo sexo que, según la ley francesa, podrán sólo tener acceso a los *Pacs* (*Pacto civil de solidaridad*). El Tribunal consideró comparables los trabajadores casados y aquellos unidos por *Pacs* para el disfrute de los beneficios que están comprendidos dentro del significado de remuneración y condiciones de trabajo regladas por la Directiva n. 2000/78. La disposición impugnada determinaba, por lo tanto, una “diferencia de trato basada en el *status* del matrimonio” desde el momento en que los trabajadores homosexuales no pueden acceder a esta institución.

En la dimensión europea⁴⁷, el reconocimiento de la transición de la *familia-institución* “tradicional” a la que Bilotta define la *familia-comunidad* – ámbito de solidaridad, autodeterminación individual, en la que cada persona desarrolla libremente su derecho a la realización personal⁴⁸ – depende de la intervención del legislador: se trata de una necesidad, también con vistas a la correcta aplicación de los principios de no discriminación contenidos en las Cartas y en las Directivas de 2000.

3. POLÍTICAS ITALIANAS. LA PROTECCIÓN DE LAS RELACIONES PARENTALES EN EL MARCO DE LA CRISIS

Estudios comparativos revelan una especie de estigma⁴⁹ hacia los *cuidadores*, incluso en Estados con leyes avanzadas relativas a licencias y permiso parentales que se traducen en formas de discriminación que, una vez más, golpean en porcentaje mayor a las mujeres con hijos no sólo respecto a los hombres, sino también en comparación con las mujeres sin hijos.

La permanencia de las mujeres en el mercado laboral sigue vinculada, en primera instancia, a las políticas familiares que ayuden a los padres a llevar a cabo las tareas de cuidado de sus hijos: los objetivos fijados en el Consejo

⁴⁷ M. Bonini Baraldi, *EU Family Policies Between Domestic ‘Good Old Values’ and Fundamental Rights: The Case of Same-Sex Families*, en MJECL, 2008, p. 517 ss.

⁴⁸ F. Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, en *Dir. fam.*, 2, 2011, p. 899 ss.

⁴⁹ S. Bornstein, J. C. Williams, G. R. Painter, *Discrimination against Mothers Is the Strongest Form of Workplace Gender Discrimination: Lessons from US Caregiver Discrimination Law*, en *Int. Jo. C.L.L.I.R.*, 28, n. 1, 2012, p. 45 ss. habla de *motherhood penalty* y *maternal wall*.

Europeo de Barcelona de 2002⁵⁰ – en tema de servicios para el cuidado de niños – no fueron alcanzados cumplidamente, incluso en combinación con la crisis económica, y los costos de los servicios permanecen demasiado altos⁵¹; a este perfil se añade la problemática de los servicios de atención a las personas mayores.

El apoyo prestado a las familias por los sistemas de protección social es representado por los sociólogos utilizando tres categorías que expresan la creciente participación de los sistemas públicos en las necesidades de atención, y se traduce en la estigmatización de funciones entre hombres y mujeres⁵²: 1) “*familiarismo por defecto*”, donde no hay apoyo de políticas públicas y, en general, los deberes de cuidado se cumplen por la mujer; 2) “*familiarismo soportado/sostenido*”, donde se ofrecen medidas fiscales (*desgravación fiscal*) o de otro tipo (permisos remunerados) y se fomenta el papel de los hombres⁵³; 3) “*des-familiarización*”, donde la interdependencia de las generaciones y las responsabilidades familiares se reducen por la presencia de los servicios públicos que suplen la demanda de atención⁵⁴.

Los países del sur de Europa tienen un sistema de bienestar particular que implica: el Estado (con políticas públicas no siempre satisfactorias), las autoridades locales⁵⁵, la familia (que asume un papel destacado o incluso de verdadera red de “seguridad social” alternativa), el sector particular/privado (para los que

⁵⁰ Se trataba del objetivo del 33% de cobertura de los servicios para la primera infancia (0-3 años).

⁵¹ Commission Staff Working, *Report on Progress on equality between women and men in 2012, 2013*, SWC (2013), 171 final. Ya la Estrategia Europea de Empleo puesta en marcha por el Tratado de Amsterdam en 1997 indicaba los servicios de cuidado infantil como una herramienta para la promoción del empleo femenino: cfr. M. Stratigaki, *The cooptation of gender concepts in EU policies: The case of «reconciliation of work and family»*, en *SP*, 2004, vol. 11, 1, p. 30 ss.

⁵² C. Saraceno, W. Keck, *Grandchildhood in Germany and Italy. An Exploration*, en A. Leira, C. Saraceno (eds.), *Childhood: Changing Contexts. Comparative Social Research*, UK Emerald, Biggleswade, 2008, p. 133 ss.

⁵³ Se plantea el tema de una distribución más equitativa de las tareas en la asistencia a los adultos y los ancianos, que tienden a recaer enteramente sobre las mujeres, incluso en el caso de los familiares de la pareja masculina.

⁵⁴ Este tercer resultado también se puede lograr mediante la adquisición de los servicios necesarios en el mercado, pero esto requiere una capacidad financiera que, obviamente, no todas las familias son capaces de alcanzar.

⁵⁵ F. Maino, M. Ferrera (coords.), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia 2013*, Torino, Centro di documentazione e ricerca Luigi Einaudi, 2013, p. 295 ss.

pueden asumir el coste de los servicios), el tercer sector (con una fuerte presencia de las asociaciones de católicos)⁵⁶.

El informe de *Eurydice* y *Eurostat* 2014 revela que pocos países europeos proporcionan acceso a los servicios educativos y de cuidados inmediatamente después del nacimiento; en la mayoría de los casos, como en Italia, entre el final del permiso para los padres y el comienzo de la educación garantizada por el Estado (“*scuola dell’infanzia*”) pueden pasar más de dos años. El sistema italiano se ha caracterizado por una situación diferente entre el Norte y el Sur (*familiarismo ambivalente*), donde la tasa de empleo femenino se confirma aún más baja que en el Centro-Norte. Fundamental, sin embargo, en el caso de vuelta al trabajo de las madres, es la presencia de una red de apoyo familiar (en particular, los abuelos) ya que la oferta de los servicios de enseñanza preescolar – con diferencias entre municipios – se confirma insuficiente o poco accesible por los costes prohibitivos⁵⁷.

El informe de la red de expertos en el campo de *Igualdad de Género*⁵⁸ también muestra una disparidad en la legislación europea sobre el permiso parental (duración, pago, *bonus* de rendimiento, garantía de reasignación de funciones originales o equivalentes) y a menudo, una elusión de las normas que protegen a la madre trabajadora (renuncias en blanco⁵⁹; presiones para volver a tiempo parcial después de haber disfrutado el permiso por maternidad⁶⁰; no renovación de contratos⁶¹). Problemas no marginales se encuentran también en la estructura de permisos en relación, por un lado, con quién sea el titular de los mismos y por otro lado, con la función de los diferentes tipos. Con respecto al primer punto, cabe señalar que en muchos Estados no hay parte de permiso asig-

⁵⁶ M. Migliavacca, *Famiglie e lavoro. Trasformazioni ed equilibri nell’Europa mediterranea*, Mondadori, Varese, 2008, p. 60 ss.

⁵⁷ R. J. Oliver, M. Mätzke, *Childcare Expansion in Conservative Welfare States: Policy Legacies and the Politics of Decentralized Implementation in Germany and Italy*, en *SP*, 2014, vol. 21, 2, p. 170 y p. 177 ss.

⁵⁸ E. Caracciolo di Torrella, A. Masselot, *Work and Family Life Balance in EU Law and Policy 40 Years on: Still Balancing, Still Struggling*, en *Eu GELR*, n. 2, 2013, p. 6 ss.

⁵⁹ Las resoluciones consensuadas tienen que ser validadas antes de la DTL (*Direzione Territoriale del Lavoro*), en el período comprendido entre el inicio del embarazo y hasta los tres años del niño; la previsión se extiende al padre y a los padres adoptivos o de acogida, donde los tres años se calculan desde la entrada en el hogar (art. 4, ley n. 92/2012, *Legge Fornero*).

⁶⁰ S. Burri, H. Aune, *Sex Discrimination in Relation to Part-Time and Fixed-Term Work*, en *Eu GELR*, n. 1, 2014, p. 14 ss.

⁶¹ Eadem, p. 20.

nado específicamente al padre (Francia) y junto al hecho de su escasa remuneración, los hombres no son incentivados a solicitar el permiso⁶². En otros casos, el derecho del padre “deriva” de la falta de derecho o no utilización por la madre. Por ejemplo los permisos de lactancia, que pueden ser solicitados por el padre que trabaja sólo en algunos casos: custodia de un niño en exclusiva al padre, renuncia por parte de la madre trabajadora, ausencia del derecho por la madre porque no trabaja, ha muerto o padece una enfermedad grave (art. 39 d.lgs. n. 151/2001). Si, como he dicho, la *ratio* del permiso de lactancia no es en sí la lactancia materna y se quiere mejorar el papel de la atención al hijo por parte del padre, no se comprende la alternativa a la posición de la madre, ya que el permiso parental es, en cambio, accesible de forma simultánea por los padres o utilizable por el padre durante la maternidad (art. 34). Lo mismo ocurre con los permisos diarios para el cuidado del hijo con discapacidades graves (art. 42) y las ausencias por enfermedad del hijo (art. 47).

A pesar de la comprensible necesidad de fijar unos techos máximos a la duración de los permisos, la presencia simultánea de los padres podría garantizar mejor respuesta, al menos en abstracto, a las necesidades de distribución de los roles de cuidar y compartir la vida familiar en momentos tanto fisiológicos como patológicos.

En caso de permisos diarios en presencia de gemelos se duplican las horas de descanso y las horas adicionales también pueden ser utilizadas por el padre simultáneamente a la madre (art. 41).

La reforma laboral italiana de 2014 denominada *Jobs Act*⁶³ contiene una delegación para la adopción de medidas para proteger la maternidad y facilitar oportunidades para la conciliación de la vida laboral y familiar de los padres. Los decretos se esperan para el verano de 2015 y de momento el esquema de decreto de 20 de febrero 2015 ha iniciado el trámite parlamentario.

Entre los principios y criterios más interesantes: *a)* verificación de las categorías protegidas; *b)* extensión y garantía del subsidio económico por maternidad a las trabajadoras por cuenta propia; *c)* desgravación fiscal para las emple-

⁶² En Italia, para el permiso parental el 30% del salario hasta el tercer año de vida del niño y con un total máximo para ambos padres de 6 meses (art. 34, decreto n. 151/2001).

⁶³ Ley 10.12.2014, n. 183.

adas y autónomas con hijos menores o con discapacidad (no incluidas en el esquema del decreto); *d*) incentivo a los convenios colectivos en materia de flexibilidad (disfrute de permisos de forma fraccionada y derecho de adaptación de la distribución y duración de la jornada) y el uso de bonos de productividad para fomentar la conciliación; *e*) introducción del “*crédito de horas transferibles*” a trabajadores con cargos familiares (no incluidas en el esquema del decreto); *f*) integración de la oferta de servicios de guardería proporcionados por las empresas; *g*) flexibilidad en el disfrute de permisos parentales; *h*) introducción de licencias dedicadas a las mujeres incluidas en los programas de atención relacionados con la violencia de género; *i*) extensión a la administración pública; *l*) simplificación y racionalización de competencias, reorganización de los procedimientos relacionados con la promoción de acciones positivas.

Con respecto a esta intervención legal se pueden hacer algunas consideraciones, especialmente en relación con la oportunidad de revisar la estructura de permisos relativos al cuidado de hijos y familiares y de atribuir un nuevo papel para la negociación colectiva. La regulación colectiva del tiempo de trabajo beneficia más a algunos que a otros, es decir, a los trabajadores que ocupan una posición más alta en la jerarquía corporativa o realizan actividades no relacionadas con objetivos estrictamente cuantificables en términos de tiempo: esos trabajadores pueden satisfacer mejor sus necesidades de *equilibrio entre el trabajo y la vida*⁶⁴.

La negociación de empresa proporciona algunos ejemplos de intervenciones: horario flexible, bolsa de horas, teletrabajo, tiempo parcial temporal después de disfrutar el permiso de maternidad o parental.

En el acuerdo firmado por el Ministerio de trabajo y los interlocutores sociales el 7 de marzo 2011 (“*Azioni a sostegno delle politiche di conciliazione tra famiglia e lavoro*”) se destacó el potencial de la negociación de segundo nivel – junto a una política coherente de apoyo de las autoridades nacionales, regionales y locales – y se asumió la flexibilidad *favorable a las familias* como valor organizativo compartido.

⁶⁴ P. Blyton, *Working Time, Work Life-Balance, and the Persistence of Inequality*, en *Int. Jo. C.L.L.J.R.*, 27, n. 2, 2011, p. 129 ss. En muchos casos, sin embargo, grandes dosis de flexibilidad están en sorprendente contraste con la asunción de las tareas de cuidado, como en el caso de los llamados *zero hour contracts* utilizados en Gran Bretaña (p. 134).

La construcción de un bienestar a nivel de empresa pasa también a través de herramientas/servicios que no están estrictamente relacionados con las políticas de conciliación, sino de apoyo económico y financiero a la paternidad (formas de seguro de salud, microcrédito, guarderías de empresa, campamentos de verano para hijos de empleados) e inversión en la formación de los trabajadores que se incorporan tras el permiso. La ausencia debida al uso del permiso de maternidad/parental/de cuidado puede provocar, sobre todo en áreas de alta especialización o sujetas a una rápida obsolescencia de los conocimientos, riesgos de descualificación. Iniciativas como las mencionadas anteriormente podrían considerarse buenas prácticas y ser utilizadas por la empresa para potenciar su imagen comercial, con la atribución de marcas de calidad en el marco de la responsabilidad social de las empresas.

En los últimos años, Eurofound está evaluando los efectos sobre la productividad y el bienestar en el trabajo de la introducción de medidas de innovación organizativa, incluyendo sin duda instrumentos que de diversas maneras afectan a los objetivos de *equilibrio entre el trabajo y la vida*⁶⁵.

Por último, como se desprende del *Jobs Act*, no pueden ser ignoradas las necesidades de conciliación de trabajadoras por cuenta propia y en situación de precariedad laboral, que no son titulares del derecho a un permiso parental previsto por la legislación europea y nacional. En estos casos, las soluciones de apoyo económico – como los cupones para el uso de los servicios de cuidado de hijos introducida por la reforma Fornero⁶⁶ – son de particular utilidad, aunque deberían estar anclados a los ingresos de la trabajadora y no de la familia⁶⁷.

⁶⁵ T. K. Bauer, *High Performance Workplace Practices and Job Satisfaction: Evidence from Europe*, 2004. Las *High Performance Working Practices (HPWP)* son técnicas de gestión de recursos humanos que incluyen: participación del empleado; mejora del capital humano, formación; beneficios económicos, bonos de productividad, flexibilidad.

⁶⁶ El art. 4, 24, let. b), ha proporcionado la oportunidad, para los años 2013-2015, para la madre trabajadora de solicitar al final del permiso de maternidad y como alternativa al permiso parental, *vaucher* para la compra los servicios de cuidado de niños o una ayuda para acceder a los servicios públicos o privados acreditados de primera infancia. Los *vaucher* tienen que ser utilizados en los 11 meses siguientes al permiso de maternidad durante un periodo máximo de 6 meses. El valor mensual del *vaucher* es de 300 euros máximo, teniendo en cuenta la situación económica de la familia solicitante.

⁶⁷ D. Gottardi, *Congedi parentali*, en *Digesto*, 2012, p. 186 ss., se expresa en términos críticos porque los *vaucher* para las empleadas no tendrían ningún impacto en una redistribución más equitativa de las tareas de cuidado de los hijos. El problema, como se mencionó anteriormente, en realidad está relacionado con el valor económico y la duración limitada de los *vaucher*.

Además de esto, no sería descabellada la idea de involucrar en el cuidado de los hijos a otros miembros de la familia con empleo fijo (por ejemplo los abuelos que no han alcanzado la edad de jubilación), con permisos parecido a los previstos por la ley n. 53/2000 (art. 4).

Otras medidas además deberían cubrir los sistemas impositivos con la introducción de mecanismos de ayudas económicas para los cuidadores, transferencias indirectas a través de desgravaciones fiscales o de impuestos, separando los ingresos de los familiares para que el cúmulo no perjudique a la fuente de ingresos secundaria (estadísticamente la renta de las mujeres)⁶⁸.

3.1. Tendencias demográficas, extensión del trabajo y nuevas tareas de atención: cuidado de los niños y de los ancianos

El aumento progresivo de la esperanza de vida provoca la atención de la Agenda política europea y nacional sobre un tema hasta ahora no muy investigado: herramientas de cuidado de los ancianos. El asunto se remitió a la intervención de los Estados miembros y presenta un escenario desigual.

El problema surge, sobre todo, cuando no se pueden obtener servicios por parte de las autoridades públicas ya que son insuficientes y los realizados por el mercado privado son demasiado caros: en estos casos, una vez más, la familia (y las mujeres, en particular) sirve como una red de apoyo a la persona de edad avanzada o no autosuficiente.

Se recurre a un sistema de *economía familiar cohesionada* para evitar la externalización de tareas de cuidado⁶⁹, pero esto puede llevar a una salida anticipada del principal cuidador del mercado de trabajo.

En Alemania se introdujo la figura de *pflegeperson* (persona dedicada a la atención), para la cual se prevee el pago de las contribuciones para pensiones y accidentes relacionados con los seguros de cuidado. El/la “*pflegeperson*” podrá solicitar que el pariente sea hospitalizado temporalmente por un período corto una vez al año (*respiro familiar*). En Francia se pagan los llamados “*apa*” (*allo-*

⁶⁸ W. Chan, *Mothers, Equality and Labour Market Opportunities*, en *ILJ*, vol. 42, n. 3, 2013, p. 224 ss.

⁶⁹ C. Solera, F. Bettio, *Women's Continuous Careers in Italy: The Education and Public Sector Divide*, en *PR*, vol. 52, 1, 2013, p. 134.

cation personaliste d'autonomie), subsidios vinculados a la adquisición de servicios de atención en el mercado formal⁷⁰. En Italia, con respecto al apoyo económico, a partir de 1980 existe un subsidio de asistencia (“*indennità di accompagnamento*”)⁷¹, mientras que, en relación con la atención en el sentido estricto, el recurso principal está constituido por los permisos que otorga la ley n. 104/1992 (en condiciones específicas de discapacidad/enfermedad) y la ley n. 53/2000 (permisos y licencias por razones familiares graves) (*supra* § 3).

Estas intervenciones no proporcionan, sin embargo, una estrategia global para apoyar a la familia y prevenir el abandono del lugar de trabajo, con las consecuencias que esto conlleva en términos de nuevas formas de pobreza y fragilidad social.

El Plan Nacional para la familia ideado por el Gobierno Monti de 2012 había pensado en la introducción de servicios *orientados al hogar, centrados en la familia y orientados a la comunidad*.

En la primera categoría se encuentran servicios para personas con discapacidad y ancianos que consisten en la estancia en su hogar o en ambientes similares: 1) servicio de ayuda a domicilio; 2) atención de las necesidades del hogar; 3) cuidados personales y atención sanitaria a domicilio. A éstos se añadieron el *vaucher* para contratar servicios de atención domiciliaria y la ayuda para emplear a un cuidador profesional registrado. En la segunda categoría, se colocan las intervenciones dirigidas a la familia o, más generalmente, a los *cuidadores*: 1) formas de apoyo a la familia (grupos de apoyo); 2) ventanas de información unificadas para la escucha y la orientación de los familiares; 3) servicios de *respiro familiar*.

Por último, el enfoque *orientados a la comunidad* (servicios de proximidad) tiene como objetivo fomentar conexiones significativas entre las personas a través de: 1) servicio de centro de día; 2) solidaridad entre vecinos; 3) grupos de voluntarios para las personas con discapacidad o mayores que trabajan en favor de otro anciano.

⁷⁰ M. Naldini, C. Saraceno, *Conciliare famiglia e lavoro*, cit., p. 99 ss.

⁷¹ Este beneficio se reconoce a los discapacitados civiles que, por enfermedades físicas o mentales, están incapacitados para caminar sin ayuda o no son capaces de llevar a cabo las tareas de la vida cotidiana y por eso requieren una asistencia continua (ley 11.2.1980, n. 18). Para el 2014 la cantidad otorgada ha sido 504,07 euros mensuales durante 12 meses.

El Plan de Gobierno Monti de 2012 mostró ideas muy interesantes. Desgraciadamente, con la transición al Gobierno Letta y Renzi no han proliferado.

Para que los retos que plantea el cambio demográfico no afecten demasiado a la familia, la Agenda política de la Unión Europea y de los Estados miembros, en atención a las competencias atribuidas a nivel nacional y descentralizado, debe ocuparse lo más pronto posible del asunto de la dependencia a todos los niveles (niños, mayores, personas con discapacidad, etc.). La experiencia adquirida en los diferentes sistemas y que he intentado resumir en su características esenciales, muestran una voluntad de ampliar el número de potenciales cuidadores y ofrecer una atención especial a las personas mayores, cuya demanda de atención aumenta con el prolongamiento de la esperanza de vida.

En este escenario más amplio, donde se debe albergar el ambicioso proyecto de *modelo del cuidador universal*, la conciliación de la vida laboral-vida familiar sigue siendo un objetivo de peso, pero que no puede simplemente ser proclamado periódicamente.

Sin acciones concretas y estrategias globales – revisión de la titularidad de permisos, remuneración no simbólica de los mismos, reforma fiscal, aumento de los servicios públicos de cuidado – la construcción de una sociedad más inclusiva se hace muy lejana cuyo precio pagarán aún, y especialmente, las mujeres.

Abreviaturas utilizadas

ADL	Argomenti di diritto del lavoro
Dir. Fam.	Diritto di Famiglia e delle Persone
ELJ	European Law Journal
Enc. G. Trecc	Enciclopedia Giuridica Treccani
EJSL	European Journal of Social Law
Eu GELR	European Gender Equality Law Review
Fam. dir.	Famiglia e diritto
FI	Foro Italiano
GC	Giurisprudenza costituzionale
Giust. Civ.	Giustizia civile
Int. Jo. C.L.L.I.R.	International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
ILJ	Industrial Law Journal
MJECL	Maastricht Journal. European and Comparative Law
NLCC	Nuove leggi civili commentate
PR	Population Review
PT	Political Theory
SP	Social Politics

POLÍTICA DE EMPLEO Y PERIODO DE PRUEBA DE UN AÑO: CRÍTICA DESDE LA DOBLE PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ

*Profesora Asociada Acreditada para Contratada Doctora
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén*

EXTRACTO

**Palabras clave: período de prueba, constitucionalidad,
política de empleo, normativa internacional**

Desde la consideración básica del contrato indefinido de apoyo a emprendedores dentro del ámbito de la política de empleo se aborda en este trabajo un análisis tanto de la reciente jurisprudencia que en relación a la pretendida inconstitucionalidad del período de prueba en él contenida, como de la entendida, conculcación por parte de España del artículo 4.4 de la CSE que establece como garantía de los trabajadores el derecho a disponer de un plazo razonable de preaviso de finalización del empleo. La falta de razonabilidad concluida y los datos aportados sobre uso de este contrato en su justificación como elemento de política de empleo, hacen que nos parezca un sarcasmo su calificación como “indefinido”. El trabajo se desarrolla con la intención de desgarnar los argumentos esgrimidos desde el punto de vista de la norma internacional fundamentalmente, pero de la jurisprudencia nacional también.

ABSTRACT

**Key words: probationary period, constitutionality,
employment policy, international regulation**

From the basic consideration of the indefinite contract support to entrepreneurs within the scope of the employment policy is addressed in this paper an analysis of both, the recent jurisprudence that in relation to the intended to unconstitutionality of the trial period in the container, and the understood infringements by Spain of article 4.4 of the CSE that establishes as a guarantee for the workers, the right to have a reasonable period of notice of finalisation of employment. The lack of reasonableness completed and data provided on the use of this agreement in its justification as an element of employment policy, make us look like sarcasm its qualification as “undefined”. The work is carried out with the intention of deseeded the arguments from the point of view of the international standard primarily, but also national jurisprudence.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA NATURALEZA Y FINALIDAD DEL PERIODO DE PRUEBA Y LA PRETENSIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 3/2012
 - 2.1. De la naturaleza del período de prueba
 - 2.2. Cuestiones de política de empleo en la pretendida inconstitucionalidad: la deprecionante sentencia del Tribunal Constitucional
 - 2.3.1. Los argumentos de la sentencia
 - 2.3.2. Elementos de política de empleo en la decisión del TCO
 - 2.3. La versión del empresario. El contrapeso del régimen de incentivos
3. DE LA JUSTIFICADA, O NO, APLICACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL.
4. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) llama la atención al Estado Español por la disconformidad de la legislación interna laboral con los preceptos reconocidos en la Carta Social Europea (CSE). El CEDS, a través del procedimiento de control de informes, y a partir del informe periódico que España tiene la obligación de elaborar - como parte de la CSE -, constata los incumplimientos de la Carta Social Europea por parte del Estado Español, en esta ocasión en relación al período comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2012.

En las Conclusiones XX-3 (2014) sobre el cumplimiento por España del grupo de artículos sobre derechos laborales de la CSE - Artículos 2, 4, 5 y 6, y 2 y 3 del Protocolo Adicional de 1988 - el CEDS dictamina el incumplimiento por parte de España de la Carta Social Europea hasta en siete materias diversas, relacionadas con derechos laborales individuales, condiciones de trabajo, negociación colectiva, libertad sindical y ejercicio del derecho de huelga - Artículos. 2.1, 2.4, 4.1, 4.2, 4.4, 6.2 y 6.4 -.

Estas conclusiones llegan en un momento particularmente interesante a nivel interno, puesto que nuestro Tribunal Constitucional ha convalidado la reforma laboral del 2012 - Ley 3/2012 -, confirmando su constitucionalidad. Reforma que, sin embargo, a la luz de las Conclusiones XX-3 (2014), no supera el control de convencionalidad.

El CEDS entiende que la situación en España conculca el artículo 4.4 de la CSE que establece como garantía de los trabajadores el derecho a disponer de

un plazo razonable de preaviso de terminación del empleo. Concluye que la configuración del plazo de preaviso, tanto en contratos indefinidos como temporales, no resulta razonable en los términos establecidos en nuestra legislación en los casos de despido por causas objetivas, más allá de los 6 meses, cuando ante determinadas circunstancias se suprime el requisito del preaviso durante el período de prueba, como en el caso de los contratos temporales inferiores a un año - de un año del contrato de apoyo a los emprendedores, en el caso que comentamos - o cuando la fijación del plazo de preaviso se deja a la discrecionalidad de las partes porque ello sólo implica suprimir el derecho del 4.4 CSE.

En sentido complementario, el 5 de febrero de 2015 el TJUE dicta sentencias sobre el asunto C-117/14 que plantea una decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – en adelante Carta - y de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Esta sentencia, pese a su declaración de incompetencia para responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, sigue sumando jurisprudencia relativa al conflictivo tema del período de prueba establecido en el contrato de apoyo a emprendedores.

El elemento principal sobre el que gira el razonamiento tanto del CEDS como de las distintas sentencias que vamos a utilizar en nuestro comentario, es un vaciamiento de los derechos al trabajo y a la negociación colectiva recogidos en los artículos 35 y 37 de la Constitución, en pro de una precarización laboral, no sabemos si deseada o consentida, concediendo al legislador una capacidad que puede llegar a considerarse casi ilimitada en la regulación del contenido de estos derechos, y cuyo contenido esencial en su consideración de derechos constitucionales que son, debe ser respetado en todo caso, condicionado laboralmente, por la caracterización del estado social, la promoción de la igualdad y el respeto a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad -artículos 1.1, 9.2 y 10.1 -. Se prioriza así la libertad de empresa y la defensa de la productividad en el ámbito de las relaciones laborales, de manera que se podía entender como una conversión de la normativa laboral en un instrumento al servicio del interés empresarial frente a las garantías de los trabajadores, introduciendo una condición de empleo y no una condición de trabajo.

Tal amplitud del período de prueba -sin precedentes en nuestra legislación— hace que parezca hasta un sarcasmo la propia denominación de indefinido del contrato creado ya que se trata de una modificación legislativa respecto del régimen del vigente período de prueba previsto en el artículo 14 del Estatuto de

los Trabajadores ampliada en cuanto a su duración y nos plantea una apuesta por un modelo de calidad que exige que no pueda sacrificarse el derecho a la estabilidad, propugnado por la Europa social frente a un modelo de política de empleo basado en la precariedad, defendido por la Europa mercantil.

También son varios los litigios interpuestos a propósito de los planteamientos acerca de la diferente regulación del período de prueba del artículo 14 de la LET y el de la Ley 3/2012 y la carencia, expresada en casi todas ellas, de la protección jurídica frente a un posible despido durante un año en el supuesto de la reforma introducida por la Ley 3/2012¹, en lo que se refiere a la forma de este, a los motivos por los que se decide y al control judicial al que puede someterse. A ellos también dedicaremos un repaso breve.

Este es el contenido del trabajo que vamos a desarrollar en los siguientes apartados, con la intención de desgarnar los argumentos esgrimidos desde el punto de vista de la norma internacional fundamentalmente, pero de la jurisprudencia nacional también, desde la consideración de este contrato como elemento de política de empleo.

2. LA NATURALEZA Y FINALIDAD DEL PERÍODO DE PRUEBA Y LA PRETENSIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 3/2012

El artículo 4 de la Ley 3/2012 establece una nueva modalidad contractual por tiempo indefinido, a la vez que deroga el anterior contrato para el fomento de la contratación indefinida regulado en la Disposición Adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio. Dispone el artículo 4.3 de la Ley que el periodo de prueba “*será de un año en todo caso*” y esta previsión legal produce los efectos que desarrollamos en los párrafos subsiguientes.

Su aprobación se justificó teóricamente en su declaración – propia en la exposición de motivos - como una “*norma completa y equilibrada*” que “*trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el*

¹ Moreno Vida, M.N., “La contratación laboral. La reforma de la contratación laboral, de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Núm. 34. 2013

empleo y adecuados niveles de protección social". La justificación esgrimida para la introducción del contrato indefinido de apoyo a emprendedores se establece en dar cumplimiento a la propuesta concreta de la Unión Europea consistente en "*ampliar el uso de acuerdos contractuales por tiempo indefinido, con un periodo de prueba suficientemente largo y un aumento gradual de los derechos de protección del empleo*", que se recoge en la Agenda de nuevas cualificaciones y empleo de 23 de noviembre de 2010, encuadrada en la Estrategia Europea 2020. Sin embargo, esta justificación nos resulta contradictoria si atendemos al necesario reconocimiento de la normativa internacional y de los criterios que rigen la jerarquía entre las fuentes del derecho².

Con estos argumentos se planteó la dudosa constitucionalidad del periodo de prueba, puesto que, aunque el desistimiento pueda producirse en cualquier momento durante el primer año de vigencia del contrato, no puede considerarse en sentido jurídico un despido, siendo una figura más aproximada a un despido sin causa y sin indemnización, y por tanto en pugna con el derecho a no ser despedido sin causa recogido en el art. 35.1 CE.

2.1. De la naturaleza del período de prueba

El periodo de prueba como pacto típico del contrato es la institución que más se va a ver afectada por la regulación del contrato de ayuda al emprendedor, cuando es "*una institución pensada y diseñada sobre todo para que el empresario pueda realizar una óptima elección del trabajador en el ejercicio de su libertad de contratación*"³. La crítica, prácticamente unánime, a tan dilatado periodo de prueba incidía en que el carácter indefinido del contrato quedaba relativizado al convertirlo en un contrato más cercano a los contratos temporales no causales o en un contrato de un año de duración, con un despido libre sin indemnización⁴. Por tanto, la peculiaridad de este contrato se ciñe a la única excepción de que el período de prueba será de "un año en todo caso".

² Para más abundamiento en la cuestión, podemos acudir a los informes de utilización de este tipo de contrato. De mucho interés resulta Arévalo Quijada, M.T., Calvo Gallego, F.J., Gómez Domínguez, D., "Grado y tipo de utilización en Andalucía del contrato de apoyo al emprendedor durante los primeros meses de la reforma laboral". Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social. N° 117/2012. Págs. 95-126

³ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de mayo de 2014.

⁴ Vicente Palacio, A., "El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la reforma del mercado laboral (Una breve presentación de la reforma en el ámbito del Derecho Individual". Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2012, nú. 31. En www.iustel.com/v2/revistas

El régimen previsto en el artículo 14 ET se fundamenta en un principio convencional o de supletoriedad legal, justificado en que el régimen del ET tras la redacción dada por la Ley 11/94⁵ es supletorio respecto del que establezcan los convenios colectivos, pudiendo establecer estos un periodo de prueba diferente, incluso de duración superior a la fijada en el ET para el tipo de contrato. Por tanto es el propio ET el que remite a la negociación colectiva la fijación del periodo de prueba y solo se aplica el régimen del artículo 14 en los casos de defecto de previsión convencional.

En lo que se refiere al régimen legal del artículo 14, el período de prueba se configura con las siguientes características:

- No existe uniformidad para todas las categorías ni para todos los grupos profesionales. La diferencia de la duración atiende a la cualificación profesional, pudiendo ser el doble o incluso el triple para los técnicos titulados que para trabajadores sin la cualificación exigida para el puesto de trabajo. Tampoco existe unificación en el tipo de empresa porque también diferencia la duración máxima atendiendo a que la misma sea menor o mayor de 25 trabajadores.
- La duración que se señala, a falta de convenio colectivo, es máxima y, por tanto, indisponible tanto para la empresa como para el trabajador, y se fija en seis meses para los técnicos titulados y dos para el resto de trabajadores, salvo que la empresa sea menor de 25 trabajadores en cuyo caso el máximo de dos se amplía a tres meses. Este máximo se puede reducir por acuerdo entre la empresa y el trabajador.
- Hay que tener igualmente en cuenta que el periodo de prueba sirve para conocer las cualidades laborales del trabajador en relación al ámbito laboral contratado, por lo que no han de constarle al empleador las condiciones ni las aptitudes del trabajador, por lo que si las conoce, por haber existido una relación laboral previa, el período de prueba no cumple su finalidad y el mismo se convierte en nulo (TS 18/01/05 REC.253/2004).

⁵ Previamente a la reforma introducida con la Ley 11/1994 en el Estatuto de los Trabajadores, el periodo de prueba era una norma de derecho relativo necesario no pudiéndose regular “in peius” por el convenio colectivo, en Rivero Lamas, J., “Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 112/1994. Una aproximación interpretativa”. Derecho Laboral. N° 43. 1994

El periodo de prueba constituye una condición resolutoria pactada⁶ y de necesaria concertación por escrito⁷ por lo que, sobrevenida la condición - a instancia de cualquiera de las partes - en forma de mera declaración con voluntad extintiva, sin necesidad de forma concreta (STS 2/4/2007 REC 375/2013) y sin necesidad de alegación de otra causa, se tiene libremente por extinguida la relación laboral, por lo que la causa de la resolución es intrascendente, salvo que trascienda el ámbito de la normativa o vulnere derechos constitucionales (TC 94/94, de 16 de octubre RTC 1984/94)). Además existe ausencia indemnizatoria puesto que, estando la terminación legalmente concertada, la finalización durante el periodo de prueba no da lugar a indemnización entre las partes, salvo pacto en contrario.

Se trata, por tanto, de un pacto típico del contrato que, como tal requiere la voluntad concurrente de ambos sujetos de la relación laboral para su materialización⁸. El momento para realizarlo ha de coincidir con el inicio de la prestación de trabajo y tal y como ya hemos expresado, siempre que no haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la misma empresa, esto con independencia de la modalidad contractual bajo la que haya trabajado.

Con estas circunstancias, el régimen jurídico establecido para este contrato altera, como es evidente, de manera sustancial la regulación legal prevista para

⁶ Hablamos de un pacto típico del contrato y como tal la libertad de decisión de las partes sobre su contratación es absoluta. “Se designa con el nombre de pactos típicos a determinados acuerdos accesorios incorporados al contenido del contrato por voluntad de los contratantes a los que el legislador ha considerado conveniente dedicar una regulación específica, por su frecuencia en el tráfico contractual y/o por afecta a intereses “sensibles”, en Martín Valverde, A., “Constitucionalidad y legalidad en la jurisprudencia constitucional sobre condiciones de empleo y trabajo. Un estudio a través de sentencias recientes”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 73. Pág. 27.

⁷ Siguiendo jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando establece, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es necesario “que se concierte por escrito en el contrato de trabajo, al configurarse como un pacto típico en el inicio del contrato, dependiente de la voluntad de la empresa y del trabajador, a quienes puede interesar o no pactarlo”. STC nº 94/1994, de 16 de octubre (RTC 1984/94)

⁸ El período de prueba es el resultado de un pacto individual, recogido en el contrato de trabajo celebrado entre las partes de forma expresa. Su formalización ha de realizarse por escrito, siendo este un requisito “ad solemnitatem” de su validez. Así Cruz Villalón, J., “Compendio de Derecho del Trabajo”. Tecnos. Madrid. 4ª Edic. Pág. 132; Martín Valverde, A., Rodríguez Sañudo Gutiérrez, F., García Murcia, J., “Derecho del Trabajo”. Tecnos. Madrid. 21ª edic. Pág. 513.

este pacto, afectando al carácter de la norma, a la finalidad de la institución y a sus límites⁹.

2.2. Cuestiones de política de empleo en la pretendida inconstitucionalidad: la decepcionante sentencia del Tribunal Constitucional

2.2.1. Los argumentos de la sentencia

La esperada sentencia del Tribunal Constitucional, en relación al periodo de prueba de las que resuelve el primer recurso de inconstitucionalidad de los presentados contra la reforma laboral de 2012, ha resultado decepcionante para un amplio sector de la doctrina y ha vuelto a abrir la polémica acerca de su trascendencia como condicionante de la regulación de las relaciones laborales en España.

La sentencia prioriza el acceso al empleo a cualquier precio con base en el artículo 49 CE, que insta a los poderes públicos a la promoción de una política orientada al pleno empleo. Esto es, promueve el despido libre durante el primer año de contrato. Igualmente utiliza la crisis económica y el abrumante nivel de desempleo como justificantes - en razón de una política de empleo - para autorizar la limitación de derechos de los trabajadores, tanto individuales como colectivos. *“La excepcionalidad del contexto de grave crisis económica que atravesamos, no puede ser un pretexto, sino un acicate para ser más escrupulosos en el respeto de las garantías democráticas”*¹⁰.

Eran tres los motivos de la interposición del recurso y cada uno de ellos se desestima, a pesar de los argumentos que pretendían sostener su inconstitucionalidad, con base en la propia doctrina del Tribunal, doctrina defendida hasta la publicación de esta sentencia. Los motivos resultan coherentes, pese a las críticas – lo que no significa estar de acuerdo –, con lo expresado en la exposición de motivos de la norma, que declara expresamente que nos encontramos ante una norma *“...completa y equilibrada..., en la que se...trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de*

⁹ Moreno Vida, M.N., “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”. Rev. Temas Laborales, núm. 115. 2012. Pág. 199

¹⁰ Rojo Torrecilla, E., <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/02/mejor-leer-la-sentencia-integra-que-el.html>; <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/12/sobre-la-ilegalidad-el-periodo-de.html>

la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social...

El principal argumento es la consideración del periodo de prueba dentro del poder de gestión empresarial como un instrumento de incentivación en la creación de empleo. El periodo de 12 meses fijado por la norma se considera, a juicio del Tribunal, razonable para valorar las aptitudes del trabajador, pero también “...si el puesto de trabajo es económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo”¹¹.

Los otros dos motivos tienen su base en la relación con la negociación colectiva. Por una parte, el sometimiento de los “descuelgues” de lo pactado en convenio a un arbitraje obligatorio ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos tiene perfecto encaje constitucional por configurarse como un mecanismo que “*facilita la viabilidad del proyecto empresarial*” en un contexto de “*crisis económica muy grave*”.

Por otra parte, el establecimiento de este periodo de un año “*en todo caso*” puede hacer pensar que estamos ante una norma de derecho necesario absoluto, lo que impediría que la negociación colectiva pudiera rebajar la duración de dicho periodo en relación a las circunstancias concurrentes en la actividad para que el trabajador resulte contratado, e incluso cabría sostener que la duración de dicho periodo de prueba no podría ser alterada por voluntad de las partes contratantes. Esto no impide la nulidad del pacto que establece un periodo de prueba cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa.

No tardaron mucho en sucederse las críticas, casi unánimes de la doctrina, al considerar que este carácter indefinido quedaba bastante relativizado con el establecimiento de la no aplicación del régimen jurídico general del art. 14 ET, con la regulación de un periodo de prueba de un año “*en todo caso*”, lo que convierte este contrato, a nuestro juicio, en un contrato temporal no causal o en un contrato con despido libre sin indemnización en el primer año de duración¹².

¹¹ García Blasco, J., “La contratación laboral en la reforma legal de 2012: entre el estímulo de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo”. Documentación Laboral. Núm. 95-96. 2012. Págs. 16 y 17

¹² Vicente Palacio, A., “El Real decreto-ley de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la reforma del mercado laboral (una breve presentación de la reforma en el ámbito del Derecho Individual”. revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Núm. 31. 2012. Pág. 266.

Esta sentencia y su tesis, se han visto reiteradas en otra reciente sentencia del 22 de enero, en la que se recuerda que en la anterior “...*hemos rechazado que el precepto impugnado vulnere el artículo 35.1 CE en tanto que la previsión cuestionada relativa a la duración del período de prueba constituye una medida que cuenta con una justificación legitimadora y resulta razonable y proporcionada en atención a los fines perseguidos por el legislación con su establecimiento.*”¹³

2.2.2. Elementos de política de empleo en la decisión del TCO

- Diferenciación de cualificaciones en la duración del período de prueba

La reforma altera profundamente la duración del período de prueba establecida en el ET y en los convenios colectivos¹⁴. El art. 14 ET dispone que, a falta de pacto en convenio, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de 6 meses para los técnicos titulados ni de dos meses para los demás trabajadores, ampliándolo a 3 meses en las empresas de menos de 25 trabajadores. Por su parte, el art. 11.1 ET que regula el contrato en prácticas, es decir, la contratación de quienes están en posesión de un título universitario o de formación profesional de grado medio o superior, dispone que el periodo de prueba no puede ser superior a dos meses en ningún caso, salvo lo dispuesto en convenio colectivo.

Por ello, con esta regulación el periodo de prueba pasa con carácter general de 2 a 12 meses, por lo que para la contratación de un trabajador sin cualificación especial el periodo de prueba es de un año, mientras que hasta ahora, para poder contratar el mismo trabajador, el periodo máximo de prueba era de 2 o 3 meses en formación de la plantilla de la empresa y si se trataba de un titulado superior, ese periodo era a lo sumo de 2 meses en prácticas o de 6 meses máximo.

Consideramos necesario insistir brevemente en la diferenciación de cualificaciones que el modelo del ET establece en el establecimiento de un período

¹³ No podemos dejar de hacer referencia a la muy reciente doctrina de suplicación que abunda en la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Auto.aspx?cod=24256>

¹⁴ Casas Baamonde, M.E., Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Valdés Dal-Re, F., “La nueva reforma laboral”. Relaciones Laborales, núm 5. Sección Editorial. Quincena del 1 al 15 de marzo de 2012. Tomo 1, en La Ley 2639/2012.

de prueba. Resulta evidente que la cuestión de la cualificación es importante desde el punto de vista del establecimiento de esta figura como elemento de política de empleo porque su objeto es favorecer la contratación indefinida aunque la consecuencia – queremos creer que no es una pretensión oculta – sea el incremento de la precarización de los jóvenes en el acceso al empleo. Evidentemente esta incidencia es aún mayor en las personas con mayor cualificación, pese a que se pueda considerar que el período en el que se incrementa su precariedad es menor, porque es necesario tener en cuenta el período de formación previa para la adquisición de competencias que les permitan el desarrollo de un trabajo. La fijación de un período de prueba de un año “en todo caso” iguala el periodo de formación y comprobación de la capacitación en la empresa con independencia de la cualificación de acceso, lo que, a nuestro juicio, lejos de resultar “igualatorio” resulta “discriminatorio”.

- Desistimiento

Durante el periodo de prueba establecido para este contrato el empresario podrá desistir del mismo y resolverlo unilateralmente y sin derecho a indemnización alguna para el trabajador, y sin tener que justificar la causa de la extinción ni precisará hacerlo por escrito, ya que *“la terminación de la relación durante la prueba no está sujeta a requisitos formales, permitiendo que el desistimiento sea incluso verbal y sin exteriorización de la causa”*. Así, durante el periodo de prueba, podrá comunicarse en cualquier momento el cese al trabajador y el único límite oponible a la decisión empresarial será la hipotética vulneración de derechos fundamentales (STC 94/1984 y 166/1988).

Que el desistimiento pueda producirse verbalmente puede originar problemas al trabajador en la acreditación de la situación legal de desempleo, puesto que el Servicio Público de Empleo, a falta de una constancia escrita del desistimiento, puede considerar la baja como voluntaria. De esta manera, aunque el contrato se presente - desde un punto de vista formal y en apariencia - como indefinido, no deja de ser un contrato con un potencial elevado de precariedad, superior a los contratos temporales y con una consecuente posible pérdida de derechos para el trabajador. No nos cabe interpretar que una política de fomento de la contratación – o con el objetivo manifiesto de *“...facilitar el empleo estable...”* - pueda derivar en una política de degradación de las condiciones de empleo y desempleo.

En el voto particular que formula el magistrado Valdés Dal-Ré se manifiesta el disenso con la decisión finalmente adoptada. Entre los razonamientos esgrimidos se establece que el cumplimiento del mandato de llevar a

cabo una política orientada al pleno empleo – artículo 40 CE – “*carece de la menor consistencia constitucional y legal*” porque “*anima a la contratación mediante el fácil expediente que es precisamente lo que persigue la extensión a un año del período de prueba de facilitar la extinción de los contratos*” y manifiesta su sorpresa ante el argumento de que “*en una economía social de mercado las políticas de creación de empleo deban tener que articularse, de manera mecánica, a través de medidas restrictivas*”. Entendemos por tanto que la creación de empleo estable es una finalidad que puede cumplir el contrato pero no su período de prueba¹⁵.

El régimen extintivo del periodo de prueba es ajeno a cualquier consideración causal o formal, salvo que se impliquen derechos fundamentales. Así lo ha venido negando el TS, configurando el periodo de prueba como “*una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el periodo de prueba esté todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el artículo 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental*” - STS 2 de abril de 2007 (A. 3193) -.

El atractivo empresarial de este contrato se concentra en la libre rescisión empresarial de la relación de trabajo¹⁶, inmune al control judicial – en términos generales – y exento de cualquier consecuencia patrimonial, incluso de la modesta indemnización ligada a la terminación de algunos contratos temporales¹⁷. El impacto de este uso es tan intenso que bien puede decirse que supone de facto el establecimiento de un estadio paralaboral, creando una zona franca en la que los mecanismos reequilibradores de las normas de trabajo quedan suspendidos. Incluso podríamos pensar que estamos ante una fórmula que pretende huir del derecho del trabajo, amparada en su origen legal que, a pesar

¹⁵ Salcedo Beltrán, C., “De nuevo sobre el período de prueba tras la doctrina del Tribunal Constitucional: el necesario respeto a las normas internacionales. (A propósito de la SJS nº3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014)”. Revista de Derecho Social. núm. 68. Pág. 154

¹⁶ Resulta igualmente interesante, Gorelli Hernández, J., “El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad... Págs. 48 y ss.

¹⁷ Art. 49.1.c y DA 13ª ET

de esta naturaleza, choca con el compromiso asumido en el texto constitucional porque resulta de difícil interpretación la duración del período de prueba de “*un año en todo caso*”¹⁸. En el caso que nos ocupa, el “*en todo caso*” reduciría su operatividad exclusivamente a la duración del pacto de prueba y su función sería la de advertir que la llamada a los convenios y la diferenciación por cualificaciones prevista en el régimen de este contrato no serían relevantes. Y ello porque el período de prueba de un año se incorpora automáticamente al contrato sin necesidad de pacto expreso al respecto¹⁹ y además, con independencia de que el trabajador haya desempeñado ya las mismas funciones con anterioridad en la empresa.

- Desnaturalización como cuestión general

Es lícito también plantear si establecer un periodo de prueba tan dilatado supone una desnaturalización de la finalidad de esta institución²⁰, cuando el objeto de período de prueba no es otro que permitir al empresario que compruebe si el trabajador contratado es apto para la prestación de los servicios inherentes al contrato²¹. La jurisprudencia estima que no hay razón para exigir la prueba de una aptitud cuando esta ya se ha acreditado y su existencia consta a ambas partes - STS 18 de enero de 2005, REC. 253/2004 -, justificada en que el fin del establecimiento de la misma es “*acreditar la idoneidad del trabajador para el empleo que motiva el contrato*” - STS 18 de enero de 2005, REC. 2433/2004 -, habiéndose mantenido en ocasiones la nulidad del período de prueba por resultar abusivo, no considerando razonable “*admitir que el empresario necesite un período de prueba tan largo, para advertir la capacidad profesional de una actividad*” - STS 12 de noviembre de 2007, REC. 4341/2006 -.

¹⁸ Un análisis del uso en los textos legales es fuente de ambigüedades tanto si opera como sintagma preposicional – si así lo entendemos en el RDL 3/2012 – o como marcador del discurso, lo encontramos en Reig Alamillo, A., “El marcador del discurso “en todo caso” en los textos legislativos”. Revista de Lengua i Dret. núm. 36. 20001. Págs. 9-22.

¹⁹ Martín Valverde, A., “Constitucionalidad y legalidad en la jurisprudencia constitucional sobre condiciones de empleo y trabajo. Un estudio a través de sentencias recientes”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 73, pág. 27

²⁰ Es interesante la doctrina sustentada en la STS de 20 de junio de 2011, rec. 152/2010, referida al establecimiento de un período de prueba de un año, considerando este excesivo, ya que el objetivo de la prueba se puede satisfacer en un lapso temporal menor, y considerando esta situación un abuso de derecho.

²¹ Moreno Vida, M.N., “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”. Rev. Temas Laborales, núm. 115. 2012. Pág. 198

Su afectación origina su conexión con el artículo 35.1CE que se justifica en que *“facilitar la contratación de trabajadores por parte de pequeñas y medianas empresas que, pese a la situación de crisis económica, apuesten por la creación de empleo estable”*²². La sentencia llega a afirmar que *“antes del derecho a la estabilidad en el empleo figura el derecho de acceso al mismo”*. Esto demuestra el incumplimiento de la CSE y de la jurisprudencia de la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 que resolvió expresamente sobre esta cuestión, además de incumplir la emitida con anterioridad por el CEDS en relación a que la crisis económica no puede justificar la restricción de derechos sociales²³.

En cualquier caso, no podemos obviar que el objetivo explícito por el que se formula el contrato de apoyo a los emprendedores, es “facilitar el empleo estable”, lo que no parece compatible con la idea de que el período de prueba sea un elemento estructural del contrato inmune a cualquier condicionante que provenga del artículo 14 ET. Es por eso que el periodo de prueba en este contrato ha generado desde su publicación, profundas dudas de inconstitucionalidad que han desembocado en las sentencias referidas. Las razones que nos llevan a entender la insostenibilidad de la duración de este período de prueba son:

- La causalidad y la condición de revisable del despido en nuestro sistema de relaciones laborales. La interpretación que tradicionalmente se ha realizado del artículo 35 CE²⁴ por parte del TC tiene importantes consecuencias en materia de estabilidad, que podrían reconducirse a tres puntos clave: 1) la extinción empresarial del contrato ha de ser causal -

²² En algún caso podría justificarse la inscripción de la medida en el marco de una legislación excepcional por el contexto de crisis, en atención a la temporalidad establecida en la ley – cuando la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15% - lo que lo investiría de una causalidad y justificación legales suficientes para satisfacer la exigencia constitucional. GARCÍA BLASCO, J., “La contratación laboral en la reforma legal de 2012: entre el estímulo de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo”. Documentación Laboral. Núm. 95-96. 2012. Págs. 16-17

²³ Conclusiones XIX-2 de 2009, sobre la aplicación de la Carta Social Europea en el contexto de la crisis económica global. Introducción general. “...si la crisis puede legítimamente conducir, en unos u otros ámbitos, a reorganizar los dispositivos normativos y las prácticas vigentes con vista a limitar algunos de los costes para los presupuestos públicos o aligerar las cargas que pesan sobre las empresas, semejante reorganización no debería traducirse en una precarización excesiva de los beneficiarios de los derechos reconocidos por la Carta...”

²⁴ Para las implicaciones que el derecho del trabajo tiene en materia de causalidad de la contratación temporal y para las consecuencias en materia de despido, Baylos, A. y Pérez Rey, J., “El despido o la violencia del poder privado”. Trotta. 2ª edic. Madrid. 2009. Págs. 51-72 y Pérez Rey, J., “Estabilidad en el empleo”. Trotta. Madrid. 2004, págs. 40-48.

STC 22/1981 – 2) el derecho a no poder ser despedido si no existe causa- y 3) ha de poder ser revisada a instancias del trabajador por un órgano neutral - SSTC 192/2003 y 20/1994 -. De esta manera cobra fuerza un principio general de limitación del despido tanto por razones de fondo como de forma, que es perfectamente compatible con el reconocimiento de la libertad de empresa de la que, a mayor abundamiento, no es posible deducir un principio de libertad “ad nutum” del despido.

- El periodo de prueba escapa relativamente a las exigencias de causalidad de la terminación del contrato de trabajo

2.3. La versión del empresario. El contrapeso del régimen de incentivos

En esta consideración de las consecuencias individuales de la suscripción de este contrato entendemos necesaria una referencia a “la otra parte”, es decir, al contrapeso que supone el régimen de incentivos para el empresario. A fecha de cierre de este trabajo son un total de 272.156²⁵ contratos de apoyo a emprendedores los que se han firmado desde su puesta en marcha. De los análisis realizados sobre la reforma laboral se desprende que en su concertación se ha convertido en un factor preponderante el hecho de que pueda ser resuelto por parte del empresario durante el primer año, entendiendo que las bonificaciones e incentivos previstos para el mismo no son limitantes. Se evidencia esta cuestión en el incremento de las altas en prestaciones por desempleo que tienen su origen en una finalización de la relación laboral durante el mismo²⁶.

Desde 2012 a enero de 2014, periodo que corresponde a los datos de que disponemos pero que puede resultar orientativo, estas son las cifras con respecto al contrato de emprendedores:

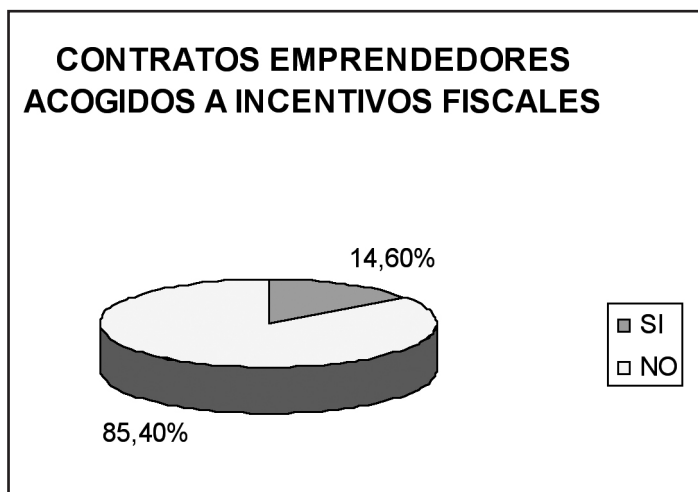
²⁵ SEPE. Estadísticas

www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.html. Los datos estadísticos proporcionados por las fuentes oficiales no aportan información específica sobre la causa que origina el acceso a las prestaciones por desempleo, con lo que resulta imposible conocer el tipo de contrato que ha producido esa finalización, por tanto no podemos verificar si el contrato que analizamos es mayoritario en esa finalización, como sería de nuestro interés.

²⁶ Para una mayor profundización Rodríguez Cardo, I.A., “Bonificaciones, desempleo y otros temas de Seguridad Social” en Comentario a la reforma laboral de 2012, en Montoya Melgar y García Murcia, J. (Dir.), Ed. Civitas. 2012. Págs. 74 y 75

Contratos firmados	0,60%
sobre el total de contratos indefinidos	7,30%
acogidos a incentivos fiscales	14,4%

Fuente: UGT²⁷



Fuente: UGT

Como puede comprobarse a la luz de estos datos, no es una cifra significativa la que suponen los contratos que nos ocupan sobre el total de contratos firmados, lo que demuestra que su creación no ha conseguido el objetivo de incremento de la contratación indefinida que se pretendía, al menos desde nuestra percepción. En cualquier caso, de los datos estadísticos que proporciona el SEPE no puede extraerse una información más detallada, puesto que la que se ofrece lo hace con carácter general en relación a la contratación indefinida en su conjunto. Los únicos datos más concretos de que disponemos son los informes anuales que el sindicato UGT ha realizado sobre la reforma laboral de 2012 y que nos proporcionan alguna información adicional como, por ejemplo, la rela-

²⁷http://www.ugt.es/Publicaciones/2014-02-07_Dos_anios_de_reforma_laboral_UGT.pdf. Pág. 22. En este informe se afirma que en el período de referencia un 85,4% de los nuevos contratos de apoyo a emprendedores firmados se han empleado sin utilizar los incentivos fiscales, evidenciándolo con los datos de altas de prestaciones contributivas de desempleo en las que se observa un aumento de las originadas por despido en período de prueba.

tiva a los contratos que de esta modalidad se han acogido a incentivos fiscales y que evidencian la poca incidencia en su carácter de indefinido a la luz del escaso porcentaje - apenas un 15% del total - acogidos a incentivos.

Esta circunstancia demuestra igualmente que las empresas no contratan si no es necesario, por lo que los incentivos no suponen un acicate para aumentar el empleo, además de que la pretendida estabilidad que traía este contrato de carácter indefinido no era sino teórica y ha pasado a ser una cuestión relativa, puesto que muchos de los contratos suscritos bajo esta modalidad se resuelven durante el primer año, lo que a nuestro juicio confiere un atractivo especial a la prerrogativa de finalización durante el período de prueba, con independencia de la pérdida de los beneficios asociados al mantenimiento del contrato.

Ninguno de estos argumentos de eficacia aparece en los discursos del Constitucional, evidenciando irrealismo y una reflexión meramente ideológica²⁸.

3. DE LA JUSTIFICADA O NO, APLICACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL

Con la finalidad de realizar un análisis crítico con los fundamentos legales disponibles, se va a realizar un breve análisis de los distintos mecanismos internacionales con los que se les puede hacer frente a los argumentos esgrimidos en la medida en que, ante regulaciones equivalentes aprobadas por otros países o por la fijación del mismo a nivel convencional o contractual, se han pronunciado los tribunales u organismos encargados de velar por la protección de los derechos de los trabajadores²⁹. Por un lado la Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales de 23 de mayo de 2012, publicada el 19 de octubre de 2012, que resuelve la reclamación núm. 66/2011, en la que se pronuncia sobre la vulneración de la Carta Social Europea de la medida consistente en la fijación, en Grecia de un período de prueba de un año en los contratos establecidos por exigencia

²⁸ Molina Navarrete, C., “Reforma laboral y “justicia constitucional”: el Tribunal Constitucional ni es “infalible” ni ya tiene la “última palabra”. Comentario a la STC 119/2014 de 16 de julio, RI 5603-2012 interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio de reforma del mercado de trabajo”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros. Núm. 377-378. 2014. Pág. 185-186.

²⁹ Sobre el régimen jurídico de este contrato y su vulneración de la normativa internacional Salcedo Beltrán, M.C.; “El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional”. Revista de Derecho Social. Núm. 62. 2013. Págs. 93 a 122.

de los requerimientos comunitarios en el contexto de un mecanismo de préstamo internacional a favor de su economía. Por otro lado de la Recomendación del Consejo de Administración de la OIT, incluida en el informe de 6 de noviembre de 2007, que resuelve la reclamación interpuesta contra el gobierno de Francia, con base en una normativa que fijó un nuevo contrato de características similares al instaurado en España. Esto supone el encuentro de la normativa nacional con unos límites supranacionales, también en este caso en el que la reforma rompe “...con todos los elementos del modelo de relaciones laborales que se tenía hasta la fecha, cimentados en compromisos institucionales, internacionales y comunitarios.”³⁰

La primera sentencia que recogió como parámetro de legalidad la CSE y la jurisprudencia del CEDS fue la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013³¹. La jueza estima y confirma lo que la doctrina ya había avanzado e incluso el propio CEDS, al expresar que este período de prueba evidencia en realidad un contrato temporal que se formaliza sin causa, y “...contraviniendo la legislación nacional en materia de contratación temporal, puesto que a través del contrato de apoyo a emprendedores con un período de prueba de un año, durante el cual el empleador puede dar por finalizado el contrato sin previo aviso ni indemnización, se excluye la aplicación del artículo 15 ET, en el que siempre se exige una causa para la contratación temporal...”. La sentencia, pues, aplica el principio de jerarquía normativa en la no estimación de la duración del período de prueba, al referir a los artículos 10.2 y 96 de la CE, que reconocen expresamente su inclusión en el ordenamiento jurídico interno y dota de rango normativo el control de convencionalidad³².

Estas cuestiones se ratifican en la impugnación a que fue sometida la ley griega – Ley 3899/2010 - que viola el artículo 4.4 de la CSE. Esta Ley establece la ampliación del periodo de prueba de 2 a 12 meses para todos los trabajadores,

³⁰ López López, J., “Elementos de definición del modelo de relaciones laborales por las normas de la OIT y comunitarias: la desestabilización por la reforma laboral (2012)”. Revista de Derecho Social. Revista de Derecho Social 2012, núm. 57. Págs. 38 y 39.

³¹ Resulta interesante el análisis de la Sentencia nº 412/13, realizada por Hernández-Bejarano, M., “El período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores: un ejemplo de vulneración de la Carta Social Europea. Sentencia nº 412/13 del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013. Temas Laborales: Revista andaluzad e trabajo y bienestar social. Nº 124/2014. Págs. 227-243.

³² Jimena Quesada, L., “A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho”. Aranzadi. Navarra. 2013. Pág. 24 y 25.

pudiendo la empresa en este período rescindir la relación laboral no teniendo el trabajador derecho a percibir indemnización alguna, salvo pacto en contrario. La fundamentación de la resolución – Resolución de 23 de mayo de 2012. Reclamación 65/2011 – se realiza argumentando que en los derechos de los trabajadores se encuentra el derecho a la protección de los mismos, lo que incluye disponer de un plazo de preaviso razonable en el caso de finalización de su relación laboral.

Pero con carácter previo a esta recomendación la OIT tiene aprobada una normativa para la protección del despido injustificado, con base principalmente en el Convenio 158 de 22 de junio de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo, que fue ratificado por España el 26 de abril de 1985. Este Convenio no permite la finalización de un contrato a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad, conducta o con base en el funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio – artículo 4 – y que establece el deber de garantizar las medidas frente a los contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección del convenio.

En aplicación de este artículo 4 *“debería declararse nulo por contrario a derecho e imponerse en canon de razonabilidad que establecen los textos internacionales”*. De todas maneras el propio Convenio también establece una posibilidad de exclusión, en su artículo 2, cuyo tenor literal excluye *“...de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a... los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable...”* esta exclusión ha de tener por tanto una causa justificada, y para ello *“...las causas de terminación deben estar relacionadas con la capacidad o conducta del trabajador, o basarse en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”*, estimando que serán abusivas las finalizaciones de la relación laboral por parte del empresario *“...por un motivo cualquiera o sin motivo”*.

Sin embargo es necesario dejar constancia del informe que emitió la OIT a propuesta de la queja sindical francesa sobre el contrato de primer empleo de 2005, en el que se introducía un período de prueba de dos años y el Comité consideró que era incapaz de establecer si tal período era razonable dado que la jurisprudencia francesa había admitido los períodos de 6 meses instando, a cambio, que estos contratos no se puedan extinguir sin causa válida. Nos parece razonable por tanto la cita a este convenio pese a las dudas de razonabilidad que incluye en lo que a la duración de un período de prueba se refiere, porque afecta a otra de las vulneradas características que se cuestionan por su afección a los

derechos adquiridos por los trabajadores en el marco de una política de empleo, cual es la extinción sin causa válida.

A estos planteamientos debemos sumar la reciente sentencia dictada el pasado 5 de febrero por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con ocasión de la petición de decisión prejudicial planteada al amparo del artículo 267 del TFUE por el juzgado de lo Social número 23 de Madrid - Asunto C-117/14 -, que plantea la cuestión de la interpretación del artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, cuyo tenor literal expresa: *“todo trabajador tiene derecho a la protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas”* y la Directiva 1999/1970/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de las CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada³³.

Con esta base, la demanda se fundamenta en la estimación de que el periodo de prueba de un año fijado en el contrato de apoyo a emprendedores vulnera este convenio 158³⁴ al implicar el establecimiento de un despido sin causa ni indemnización al margen de los cometidos, funciones y cualificación del trabajador, cuestiones necesarias para el desempeño de un puesto de trabajo. La fundamentación viene recogida en la consideración que se hace de la institución *“...la institución del periodo de prueba está pensada para que el empresario, en los momentos iniciales del contrato, pueda comprobar la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado”*, con habilitación expresa al empresario para la *“...extinción del contrato de trabajo por la nuda voluntad empresarial, que no requiere expresión de causalidad, ni procedimiento alguno, ni garantía sindical, ni contradicción, y sin tampoco asumir ningún coste o compensación a favor del trabajador, que se ve privado de su puesto de trabajo por la simple apreciación empresarial de que no le satisface la prestación de servicios, sin posibilidad de control judicial de si esa satisfacción tiene base real, objetiva y fundada, o no, y que opera en la práctica como un espacio de inmunidad para el empresario, con el solo límite del respeto a los derechos fundamentales”*.

³³ Los tribunales ordinarios hacen lo propio con los asuntos que tenían pendientes, en unos casos, anulando las decisiones de instancia que habían decidido dejar de aplicar la normativa nacional a favor de la internacional. STSJ de Cataluña 7937/2014, de 2 de diciembre.

³⁴ Pérez Rey, J., “El contrato de apoyo a emprendedores: una vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”. Revista de Derecho Social. núm. 57. 2012. Págs. 61-63.

Tanto el Convenio 158 de la OIT como el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea imposibilitan fórmulas extintivas “ad nutum” como las que caracterizan este contrato. Asimismo, y en consonancia con lo establecido con el artículo 30 de la Carta, el período ampliado infringe el derecho fundamental a gozar de protección jurídica en caso de despido injustificado. Por su parte la Carta Social Europea establece que “*todos los trabajadores tienen derecho a la protección en caso de despido*”, añadiendo a continuación el derecho que reconoce la Directiva 1999/70 - relativa a los trabajos de duración determinada - a un trabajo estable con existencia de una clara restricción en orden al trato desigual de los trabajadores temporales con los fijos.

Se establece a la consideración de los juzgadores si la reforma laboral en lo que se refiere al tema que nos ocupa en este trabajo, es contraria a la Directiva de 1999 por establecer una diferencia de trato injustificada entre los trabajadores con contrato de fomento y los contratados bajo modalidades de duración determinada en punto a la inexistencia de indemnización en caso de extinción del primero durante el año del período de prueba, argumentando que existe infracción de la normativa comunitaria porque en realidad el contrato formalmente indefinido es “*un nuevo contrato de duración virtualmente determinada que impone condiciones de trabajo menos favorables a los trabajadores con los que se celebra*”, en relación con los restantes trabajadores con contratos formalmente temporales, situación que, además no puede corregirse con la negociación colectiva.

Con este marco es importante señalar que son dos, a nuestro parecer, las cuestiones que “atentan” contra el Derecho de la Unión. Por un lado, el planteamiento de si la regulación nacional que somete a un período de prueba de un año el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores es contrario al Derecho de la Unión y compatible con el derecho fundamental garantizado por el artículo 30 de la Carta. Por otro lado si se estima lesiva esta normativa con los objetivos y la regulación que se realiza en la Directiva 1999/70/CE, incluyendo las cláusulas 1 y 3 del acuerdo marco.

En la reciente sentencia del TJUE no se responden las cuestiones prejudiciales planteadas, sino que se falla la declaración de incompetencia para responder a las mismas. La principal razón esgrimida es que no nos encontramos ante un contrato de duración determinada al que sea de aplicación la Directiva de 1999, por tanto está excluido del Derecho de la Unión. La denominación del contrato de apoyo a emprendedores como “indefinido” hace que su consideración a efectos jurídicos lo excluya del ámbito de la Directiva, cual es los

contratos de “*duración determinada*”. Formalmente, por tanto, no nos encontramos ante un contrato de duración determinada, sino ante un contrato indefinido con un diferente periodo “ampliado” de prueba.

Con esta argumentación del TJUE no podemos reprochar – pura y formalmente – la valoración excluyente de la normativa europea. Sin embargo entendemos que la finalidad útil de este contrato al regularlo con el excesivamente ampliado periodo de prueba no es otra, a nuestro juicio, que su consideración de contrato temporal sin causa, de manera que la extinción durante el periodo de prueba sitúa en peor condición al trabajador despedido que a aquel cuyo contrato temporal se haya extinguido y le proporcione el derecho a una indemnización, aunque sea mínima.

No obstante, son muchos los espacios y argumentos que consideran esta cuestión litigiosa y solicitan fundamentadamente la inclusión de esta controvertida situación jurídica en el ámbito del derecho de la UE³⁵. Así, nos encontramos con la remisión al ámbito de aplicación del artículo 51 de la Carta, que expresa “1. *Las disposiciones de la presente carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión. 2. La presente carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados*”. Queda claro el argumento del TJUE para su intervención en las situaciones reguladas en el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas.

Otra cuestión interesante es la rescisión de la relación laboral sin previo aviso, además de la supresión del derecho a recibir indemnización salvo que se haya pactado en otro sentido. Antes de plantearse esta cuestión con la Ley

³⁵ En relación a la CSE en tanto que norma internacional que forma parte del derecho interno y a la matización en cuanto a su valor vinculante al mismo nivel de los tratados de la UE, Olarte Encabo, S., “La ilegalidad internacional del período de prueba de un año del contrato de apoyo a emprendedores. Comentario da la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013, núm. 412/2013”. CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social. núm 370. Enero 2014. Págs.174-175.

3/2012, el CEDS³⁶ se había manifestado respecto del período de prueba y la necesidad de que las legislaciones establezcan un plazo de preaviso, con aplicación del precepto a todos los casos de finalización de la relación laboral y no solo a los de despido. Las razones las podemos encontrar en las Conclusiones de 22 de octubre de 2010, en relación con Ucrania que establece como finalidad la de ofrecer al trabajador un tiempo para explorar o sondear el mercado laboral con anterioridad a la finalización del trabajo, incluso va más allá del simple derecho de búsqueda de empleo al disponer que en caso de que no se otorgue, el trabajador percibirá una compensación económica. De esta manera sí se plantea una opción de política de empleo que permite favorecer la permanencia en el mercado de trabajo una vez concluida la relación laboral que nos ocupa.

Se suscita también una polémica en relación a si en aplicación del principio de jerarquía normativa en la interpretación de la cuestión, en relación a la utilización del artículo 10.2 CE, reconoce los Tratados internacionales como parte del ordenamiento interno y su aplicación solo a los derechos de caracterización de fundamentales. Parte de la doctrina considera restrictiva la aplicación de este sentido interpretativo de atribución del carácter fundamental solo a los derechos civiles y políticos en función de su nivel de garantías, tanto a escala nacional como internacional³⁷. Lo relevante en este caso es el mantenimiento de la estricta legalidad ordinaria – pese a su carácter internacional – en el que los tribunales tienen que quedar vinculados por la jurisprudencia del CEDS, si tenemos en cuenta que en un sistema de justicia social global y eficiencia económica, otros órganos de garantías deben pronunciarse a nivel internacional. Por tanto, por el principio de competencia, en la decisión constitucional tiene efecto vinculante la doctrina o jurisprudencia de los órganos internacionales³⁸.

³⁶ Conclusiones XIII-4, de 30 de septiembre de 1996, en relación con Bélgica señaló que los estados que acepten el precepto fijado se comprometen a reconocer a todos los trabajadores el derecho a un plazo de preaviso razonable cuando finaliza la relación laboral. Igualmente en las Conclusiones XIV-2, de 30 de noviembre de 1998, en relación con Irlanda, se resolvió el deber de asegurar un determinado período razonable a todos los trabajadores en los supuestos en que finalice su trabajo, no siendo conforme la normativa que no lo recoja.

³⁷ Jimena Quesada, L., “La armonización procesal europea en materia de derechos fundamentales tras el Tratado de Lisboa: el caso de los derechos sociales”. En AAVV De la Oliva Santeos, A. y Calderón Cuadrado, M.P. (Dir.) “La armonización del Derecho Procesal tras el tratado de Lisboa”. Aranzadi.2012. Págs. 37 y 38.

³⁸ Molina Navarrete, C., “Reforma laboral y “justicia constitucional”: el Tribunal Constitucional ni es “infalible” ni ya tiene la “última palabra”. Comentario a la STC 119/2014 de 16 de julio, RI 5603-2012 interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio

Ante este panorama, con carácter general, el régimen jurídico que se le aplica es el de los contratos regulados tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido ordinarios, con la única excepción de la duración del periodo de prueba - artículo 4.3. de la Ley 3/2012 -. Esta aplicación subsidiaria de la normativa general conlleva que, en caso de incumplimiento de aspectos tales como la obligatoriedad de la forma escrita, la presunción “*iuris tantum*” del artículo 8.2 ET en cuanto a la consideración del contrato por tiempo indefinido y a jornada completa carezca de relevancia por presentar estas connotaciones, señalándose que la consecuencia será la pérdida de los incentivos y bonificaciones asociados al mismo y la consiguiente sanción administrativa³⁹.

La inclusión de este excesivo periodo de prueba provocó la presentación de dos quejas - por parte de UGT y CCOO - a la OIT por violación de los derechos de los trabajadores protegidos en el ámbito del Convenio nº 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo por parte del empleador⁴⁰. Las mismas organizaciones presentaron al CEDS el 23 de julio de 2014, conforme al artículo 23 de la CSE, alegaciones al procedimiento de control de informes al que se someten todos los estados que han ratificado la CSE⁴¹.

Nos resulta interesante dedicar una referencia específica a la valoración del CEDS. En las conclusiones XIX-2 de 2009 del CEDS señala que la crisis no puede tener “*como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos en la Carta*” y establece la obligación de los Gobiernos a adoptar las medidas necesarias en el momento de más necesidad de protección. Así el Comité ha sido tajante a la hora de valorar la aplicación de la CSE en el sentido

de reforma del mercado de trabajo”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros. Núm. 377-378. 2014. Pág. 188-190.

³⁹Pérez Rey, J., “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”. Revista de Derecho Social. Núm. 57. 2012. Págs. 51-56.

⁴⁰El Consejo de administración del organismo internacional decidió que la reclamación era admisible y estableció la creación de un comité tripartito para su examen. Los documentos se pueden consultar en <http://www.ugt.es/actualidad72012/mayo/Queja%20OIT%20RDL%203-2012%20Despido.pdf> y http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID.P50012_LANG_CODE:3088009.es:NO

⁴¹Parra profundizar sobre los procedimientos de control de informes relativos a los derechos relacionados con el trabajo, Salcedo Beltrán, M.C., “Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea”. Bomarzo. Albacete. 2014. Págs. 28-32.

de que los derechos sociales no pueden ser derechos otorgables en tiempos de prosperidad y suprimidos en tiempos de crisis, porque *“lo que vale en materia de salud y protección social no vale menos en materia de derecho del trabajo”*⁴².

Igualmente es necesario tener en cuenta y mencionar la decisión de 23 de mayo de 2012, en relación al establecimiento del período de prueba de un año por el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, en el sentido de que conculca el artículo 4.4 de la Carta Social Europea de modo que no procede la aplicación de esta ley, una vez que de acuerdo con el principio de jerarquía normativa garantizado en la CE, debe prevalecer la norma internacional que resulta de aplicación, quedando sin efecto el artículo que nos ocupa, porque además conculca el principio de igualdad y el derecho de todo trabajador a las protección en caso de despido injustificado, tal y como se recoge en el texto comunitario y que es de aplicación directa en nuestro ordenamiento, con base en el artículo 10.2 CE.

El Comité considera que el establecimiento de una mayor flexibilidad en el trabajo para luchar contra el desempleo no puede conducir a privar a un gran número de trabajadores de sus derechos fundamentales en materia laboral, contra la arbitrariedad del empleador o los avatares de la coyuntura económica.

En este sentido expresa que a pesar de *“la situación de crisis económica que tiene el país”* o con independencia de que *“el origen de las medidas esté en las obligaciones dictadas por la troika, el país debería haber realizado estudios e investigaciones en orden a la posibilidad de adoptar otras medidas así como salvaguardar, en todo momento, una protección suficiente respecto de las personas más vulnerables de la sociedad”*⁴³, en relación a que la crisis no puede ser un elemento a valorar en las restricciones o vulneraciones de los derechos sociales, que no son un lujo de manera que puedan ser suprimidos en tiempos de crisis y otorgados en tiempos de bonanza económica⁴⁴.

⁴² Nivard, C., “Comité Européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Charte Sociale Européenne par les mesures « anti-crise » grecques ». Lettre Actualités-Droits-Libertés du CREDOF. 15 novembre 2012. Pág.1.

⁴³ Reclamaciones nº 76, 77, 78, 79 y 80 contra Grecia por parte de distintas federaciones de pensionistas y empleados públicos. Octubre 2012.

⁴⁴ Deliyani-Dimitrakou, “La Charte Sociale Européenne et les mesures d’austérité grecques: à propos de la décision nº 65 y 66/2012 du Comité Européen des Droits Sociaux Fondamentaux». Revue du Droit du Travail, nº 7/8. 2013. Págs. 461 y ss.

4. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES

La opinión restrictiva que aboga por la interpretación de acuerdo a las normas y Tratados internacionales sólo de las cuestiones que afecten a los derechos y libertades públicas supone, a nuestro juicio, dejar de lado la aplicación de un compromiso internacional adquirido a la condición de caracterización de un derecho.

Teniendo en cuenta todo este elenco normativo, la nulidad del período de prueba debería declararse en base a:

- El artículo 96.1 CE, el Convenio 158 OIT y la CSE, porque forman parte, como ya hemos razonado, del ordenamiento jurídico español y son de aplicación directa en nuestro país, puesto que el Convenio internacional establece un precepto claro y evidentemente opuesto a la norma interna, con lo que el conflicto debería resolverse a favor de esta, como norma interna de rango superior⁴⁵
- La contradicción del canon de razonabilidad que establecen tanto la CSE como el CEDS, que se desprende de la hermenéutica de las propias disposiciones nacionales, incluyendo del artículo 14 ET, considerando que el periodo de prueba es un *“tiempo de prueba efectiva vinculada a un objeto y articulada a través de determinadas experiencias, tiempo en el que se debe conocer y valorar la aptitud de las partes”* y no imponer un largo período de inestabilidad contractual.

Por tanto el establecimiento de un período de prueba de un año “en todo caso”, es contrario a la CSE.

Y con toda esta argumentación nos preguntamos, ¿es realmente un periodo de prueba? Para ello tendría que ser un pacto de duración razonable que permita la experimentación que justifique la inestabilidad en el empleo. Tal y como está planteado este contrato se logra desnaturalizar totalmente la institución de

⁴⁵ Así se reconoce, aunque de manera implícita, por el Tribunal Constitucional en sentencia 38/1981, respecto de la carga de la prueba en despidos antisindicales y por el Tribunal Supremo en sentencia de 8 e febrero de 2010 (Recurso 1782/2009) en el caso de coincidencia de vacaciones y baja laboral, en el que aplica el Convenio 32 OIT “como obligado elemento interpretativo”, y e sentencia 2019/87 en aplicación del artículo 7 del Convenio 158 OIT en defensa de los cargos formulados en despido disciplinario.

manera que recurrir a ella no sea más que una huida del artículo 35 CE. Las razones que nos llevan a considerar que el año establecido no es un período de prueba “stricto sensu” se fundamentan en que la prueba ha de estar dirigida a comprobar las aptitudes precisas para el desempeño del trabajo.

La razonabilidad de la duración del período de prueba, al ser una cuestión no fijada específicamente, conducirá al análisis de cada caso concreto, con la consideración del tiempo que se haya dispuesto de contrato. La doctrina emitida hasta la fecha considera razonable un período de prueba cuando el objetivo del mismo sea la verificación por parte del empresario de la cualificación del trabajador y su adaptación a las condiciones del puesto de trabajo. Esto se traduce en que la duración no se extienda en el tiempo de manera que se prive al trabajador de los derechos que tiene atribuidos en materia de preaviso e indemnización.

Califica, igualmente, la duración tan amplia del período de prueba como no razonable, justificada esta irrazonabilidad en la capacidad que otorga al empresario la capacidad de celebración de un contrato temporal sin causalidad y con la prerrogativa de darlo por finalizado sin observar ninguna formalidad durante este periodo de prueba, lo que desnaturaliza su régimen jurídico y su finalidad.

Nos planteamos, para finalizar, si la precarización está justificada en el marco de una política de empleo necesaria en un período de crisis que, pese a que se establece como una medida de fomento de la contratación indefinida, nos suscita dudas más que razonables sobre su diseño y su implementación, convirtiéndose a nuestro juicio más en una política limitadora de los derechos laborales que en una política de incremento de la contratación, enfrentando la dimensión de política de empleo de los textos constitucionales e internacionales con la decisión del legislador aun no ajustada al ET, aunque sea en el establecimiento de una medida temporal.

LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES: PUNTOS CRÍTICOS EN LA DOCTRINA JUDICIAL

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

Profesora Titular de Área
Universidad Loyola Andalucía

EXTRACTO

Palabras clave: Jornada reducida, conciliación, atención familiares, atención dependientes, concreción horaria

En la mayor parte de las situaciones en la que el trabajador reduce la jornada por motivos familiares, será la jornada propuesta por el trabajador la que prospere si la empresa no evidencia razones suficientemente justificadas para no acceder a la misma, mientras que si la empresa logra demostrarlas quebrará esa regla general y podrá prosperar el horario que ésta proponga; todo ello siempre dentro de los parámetros de la buena fe en la actuación tanto empresarial como del trabajador. En otras palabras, la concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho individual del trabajador/a, que sólo ha de decaer en supuestos excepcionales, como en el caso de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta la dimensión constitucional de la reducción de jornada solicitada y, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), lo que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

ABSTRACT

Key words: Reduced workday, conciliation, familiars care, dependents care, concretion of working hours

As a general rule, in case of workday reduced for family reasons, the hours chosen by the worker will prosper unless the employer proves justified reasons not to allow his choice. If the employer can demonstrate his reasons, the working hours proposed by the employer will prosper; all within the parameters of the good faith, not only of the employer but also of the employee. The choice of working hours is an individual right of the worker in case of reduced workday, which only has to wane in exceptional circumstances, as in the case of abuse of rights, lack of good faith or evident losses for the company. In addition, it has to be taken into account the constitutional dimension of the reduction working hours for family reasons, from the perspective of the right to non-discrimination on grounds of sex discrimination or because of personal circumstances (art. 14 CE) and from the mandate of protection of the family and children (art. 39 CE), which must prevail and provide guidance for resolving interpretative doubts.

ÍNDICE

1. CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES
2. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA FINALIDAD DEL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA Y SU EJERCICIO
3. INTERPRETACIÓN DEL ART. 37. 5. Y 6 ET: CONCRECIÓN HORARIA DE LA JORNADA REDUCIDA
 - 3.1. Concreción horaria y negociación colectiva
4. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DURANTE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES:
 - 4.1. Despido y jornada reducida por motivos familiares: especial referencia al despido objetivo
 - 4.2. Salario regulador de las indemnizaciones en supuestos de reducción de jornada por motivos familiares
6. CONCLUSIONES

1. CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES

El artículo 37.5 ET reconoce el derecho a una reducción de jornada para quien “por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida”. 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”. El fundamento último del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares lo constituye, en opinión unánime de la doctrina la atención y el “cuidado de los hijos en sus edades más tiernas, el cuidado de los disminuidos (sin límite de edad y sin exigirse más parentesco o relación que la guarda legal sobre ellos –con lo que también quedaría, como no, amparado el cuidado de un hijo disminuido, con independencia de la edad-), y el cuidado de familiares (hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad –lo que, asimismo, incluye a los hijos- cuando por su edad, o por accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos)”¹.

¹ En palabras de Garrigues Giménez, A. en Pilar Núñez-Cortés Contreras / Teresa Velasco Portero / Amparo Garrigues Giménez, “Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas”, Editorial Dykinson S. L., Madrid, 2008.

La titularidad del derecho a la reducción de jornada corresponde, según el ET, a “quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo....” y a “quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar...”. Se trata por tanto de una titularidad indistinta, sin distinción de sexos y se concede a todo trabajador/a sea cual sea la modalidad de su contrato incluido el contrato a tiempo parcial². El precepto se apresura a reconocer que el titular lo será cualquier trabajador, hombre o mujer, que se encuentre en la situación de tener que cuidar a un menor o a una persona con discapacidad por corresponderle su guarda legal³; o también, quien cuide de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad⁴. Tras la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, se dice, en el artículo 37.5.III del ET, que “la reducción de jornada... constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”. Individualización exigida en la Cláusula 2.1 del Acuerdo Marco sobre Permiso Parental, recogido en la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio. Con la individualización se pretende “que no solo las mujeres hagan uso de este derecho... sino que también disfruten de él los hombres”, pudiéndolo ejercitar sólo la mujer o el hombre o ambos simultánea o sucesivamente⁵. Ahora bien, la individualización se excepciona “si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante”, en cuyo caso -no, a sensu contrario, si el derecho se genera por distintos sujetos causantes- “el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”⁶. En cualquier caso, y aunque no resulte muy habitual la concurrencia apuntada, no cabe entender la posibilidad empresarial de limitar el ejercicio de alguno de los interesados a la reducción de jornada como algo forzoso; de hecho, y en tanto resulta restrictiva de los derechos del trabajador, parece ser concebida por el legislador estatutario como una facultad a emplear únicamente en los casos en que haya razones justificadas de funcionamiento de la empresa⁷. Y es que, como ha señalado el TS, en S. de 11 diciembre 2001, la reducción de jornada por guarda legal “tiende(n) a

² Lousada Arochena, J.F., “La reducción de jornada por motivos familiares”, *Revista del Poder Judicial*, n° 80, cuatro trimestre de 2005.

³ Los padres –por naturaleza o por adopción-, los responsables del acogimiento preadoptivo o permanente, o un tercero, por ejemplo, el tutor.

⁴ Supuesto en el que será precisamente el parentesco –en los grados correspondientes, y con independencia de que pueda provenir de adopción- el dato determinante de la posible titularidad del derecho.

⁵ Lousada Arochena, J.F., “La reducción de jornada..., *cit.*”

⁶ Marín Alonso, I. / Gorelli Hernández, J. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001, p.61.

⁷ Así lo ha expuesto Garrigues Giménez, A., *cit.*

proteger no solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 1.541 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible”. De ahí que, como asimismo ha apuntado la STSJ de Madrid, de 13 septiembre 2006⁸ “en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el art. 37.5 ET, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”. Pero aún más trascendente en la realidad de las cosas que esa excepción legal es la pérdida de gas de la individualización de derechos que se deriva de la consideración del parentesco por afinidad para la atribución del derecho, lo que, en la práctica habitual, podría concretarse en una asunción por las mujeres del cuidado de los parientes de su cónyuge. De todos modos, la limitación del derecho al parentesco consanguíneo es una medida necesitada de cierta maduración porque quizás no consiguiese responsabilizar a los hombres con sus obligaciones familiares, y, en la realidad de las cosas, siguiesen siendo sus esposas quienes las asumiesen, con el perjuicio para éstas de deber abandonar definitivamente su trabajo⁹.

El cuidado ha de ser dispensado de manera directa por parte del trabajador interesado en la reducción de jornada (no cabe, por tanto, la reducción de jornada cuando el cuidado se lleva a cabo por persona interpuesta, aún cuando a la misma se le retribuya por cuenta y cargo de aquél); por ello, parece ajustado al propósito de la norma y conforme con el principio de buena fe contractual que la reducción así practicada sea efectivamente empleada por el trabajador para el cuidado, directo o indirecto, del menor, persona discapacitada o familiar causante¹⁰, lo que no implica, forzosamente, limitar la libertad del trabajador para organizar y distribuir el tiempo resultante total durante el que no presta servicios efectivos para la empresa, exigiendo que todo él se destine a dicho cuidado¹¹. La exigencia de cuidado directo, parece excluir, como titulares del derecho, a progenitores separados o divorciados, o cuyo matrimonio se anuló, sin hijos a su custodia, encontrándose en su momento dividida la doctrina científica, a favor y en contra. La tesis negativa fue acogida, en un supuesto donde

⁸ JUR 2006\269476.

⁹ Lousada Arochena, J.F., “La reducción de jornada...”, *cit.*

¹⁰ Así, STSJ Cataluña de 26 octubre 2000 (AS 2000\4544).

¹¹ De esta manera, STSJ Comunidad Valenciana de 11 julio 2000 (AS 2000\501).

se solicitaba la reducción de la jornada para acomodar ésta al régimen de visitas¹².

Más problemática resulta la exigencia de que la persona atendida “no desempeñe una actividad retribuida”, que entraría hasta cierto punto en contradicción con lo que parece la fuerza motriz de las medidas legales de integración social del minusválido, que por lo general permiten compatibilizar la condición de minusválido... con el desarrollo de una actividad retribuida”. Lo idóneo sería la eliminación de la exigencia¹³. Por lo demás, la percepción de una prestación social no se considera a estos efectos una actividad retribuida, no obstante, en consecuencia, daría lugar a la generación del derecho. Ni siquiera cuando dicha prestación incluya, como ocurre con la gran invalidez, la remuneración de la persona que atiende al beneficiario. Tampoco la obsta la percepción de ingresos por parte del minusválido¹⁴. Matizaciones que, sin duda alguna, exacerban la crítica en la medida que demuestran cómo se está fomentando la pasividad laboral del minusválido, facilitándole que viva de su pensión o de sus rentas, pero no que trabaje¹⁵.

La reducción de jornada que podrá subsistir –tratándose del cuidado de un menor-, hasta que éste alcance la edad legal, ha sufrido una sustancial mejora para los trabajadores que están al cuidado de menores, pues abarca hasta la edad de 12 años de éstos. En cualquiera de las demás hipótesis, la duración del derecho podrá ser indefinida, al quedar supeditada al mantenimiento –en algunos casos, invariable- de las circunstancias habilitantes (guarda y cuidado)¹⁶. En todo caso el derecho se extinguirá por privación de la guarda legal (cuidado de menor de seis años o de disminuido), por desempeño de actividad retribuida (del discapacitado o del familiar cuyo cuidado se lleva a cabo), por curación (del familiar accidentado), por fallecimiento (tanto del menor, familiar o persona discapacitada, como del trabajador o trabajadora a beneficiario de la reducción) y, por supuesto, por voluntad del trabajador/a beneficiario/a¹⁷.

¹² En la STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 1999 (AS 1999/1108).

¹³ Menéndez Sebastián, P., “Reducciones de jornada y ausencias por motivos familiares”, en la obra escrita con Argüelles Blanco, A.R. / Martínez Moreno, C., *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, CES, Madrid, 2004, p.129. En línea semejante con anterioridad, Rivas Vallejo, P., “La guarda legal de menores y disminuidos y su incidencia en la jornada de trabajo. El artículo 37.5 del ET”, *Tribuna Social*, Número 59, 1995, p.38.

¹⁴ Menéndez Sebastián, P., “Reducciones..., cit.

¹⁵ Lousada Arochena, J.F., “La reducción de jornada..., cit.

¹⁶ En Garrigues Giménez, A., cit.

¹⁷ Al respecto, la STSJ Madrid de 29 enero 1998 (AS 1998, 5015).

La LOI estableció un régimen de reducción de jornada por motivos familiares mucho más flexible y, por consiguiente, más ajustado a las necesidades reales de tiempo que el/la trabajador/a pueda prestar, así como de sus auténticas posibilidades de “sacrificio” retributivo. Así, la modificación legal mantiene el máximo de reducción en la mitad de la jornada, pero reduce el mínimo a una octava parte de aquella¹⁸.

El legislador no se ha preocupado de regular la acumulación sucesiva de supuestos causantes de la reducción de jornada. Parece razonable entender que cuando se genere un nuevo hecho causante, estando otro vigente, discurrirán paralelos y, concluido uno, nada impedirá los efectos del otro, sea el primero generado o sea el segundo generado. Dicho en otros términos, se prolongaría el periodo máximo de la reducción de jornada hasta en tanto se mantenga vigente un hecho causante, aunque sea un hecho causante distinto al hecho causante inicial de la reducción de jornada. Problema importante es, mientras discurren paralelos en el tiempo un inicial y un nuevo hecho causante, si se mantiene el derecho a la reducción inicial de jornada o si, sobre la jornada reducida, se puede aplicar nueva reducción de entre un octavo y la mitad¹⁹. Quizás lo más correcto, al callar la norma, sea admitir sólo una reducción, aunque no es solución segura, dejando a salvo, en todo caso, una jornada mínima de trabajo (la mitad), imposible de preservar si se admitiese la acumulación de reducciones²⁰.

Tras la Ley 39/1999, de 5.11, la doctrina judicial fue unánime en el sentido de entender

compatibles la reducción de jornada y el permiso de lactancia²¹, afirmándose, además, que la reducción de jornada en una media hora en que, de conformidad con el artículo 37.4 del ET, se puede materializar el permiso de lactancia no debe ser reducida a la mitad aunque la trabajadora hubiese reducido su jornada a la mitad por guarda legal.

¹⁸ Garrigues Giménez, A., *cit.*

¹⁹ Fernando Lousada Arochena, J.F., “La reducción de la jornada...”, *cit.*

²⁰ Menéndez Sebastián, P., “Reducciones...”, *cit.*

²¹ SSTSJ de Valencia de 25 de abril de 2002 (AS 2003/1125), y de 24 de mayo de 2002 (AS 2003 2289); STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2003 (AS 2003/ 1955); STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001 (AS 2001/ 2101).

2. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA FINALIDAD DEL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA Y SU EJERCICIO

El propósito de esta reducción es principalmente atender al cuidado directo de un menor de 12 años, discapacitado o familiar impedido. El derecho a la reducción de jornada por motivos familiares que regula el artículo 37.5 del ET, forma parte del desarrollo del mandato constitucional que establece la protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE). La razón de ser de esta regulación se sitúa en los profundos cambios sociales y laborales ocasionados por la incorporación de la mujer al mercado laboral y en la necesidad de conciliar el trabajo y la vida familiar. Ahora bien, el objeto propio de la jornada reducida en el caso de la reducción por motivos familiares, no es sólo satisfacer el derecho de los trabajadores a conciliar su vida familiar y profesional, sino también y principalmente, actualizar el derecho de las personas mencionadas en el precepto, a recibir la mejor atención posible²².

Se está ante un auténtico derecho individual del trabajador o trabajadora (el cual debe ser soportado por el empresario) pues su ejercicio no depende del acuerdo con la empresa, aunque ésta pueda poner objeciones a los términos en que se ejercite. Corresponde al trabajador o la trabajadora como titulares del derecho a la reducción de jornada la elección del horario laboral en que disfrutarán la reducción de jornada que permita el atendimiento y custodia de las personas a su cargo; por ser los trabajadores los únicos capacitados para determinar cuál es el momento más adecuado para cumplir las obligaciones encaminadas a su atención y cuidado. Nada faculta que tal potestad se desplace al empresario por el solo hecho de que surja colisión o se suscite enfrentamiento entre los intereses de uno y otros, el ejercicio de tal derecho, puede friccionar y hasta colisionar con los derechos del empleador y principalmente con los que sobre la ordenación del trabajo le confiere el Estatuto de los Trabajadores, tal colisión ha de solventarse en el sentido de que, en principio la elección del horario de su jornada reducida corresponde a las personas trabajadoras sin que entre en juego la facultad empresarial de dirección y organización²³. Y ello es así, por cuanto es el trabajador quien mejor conoce en qué momento resultará más apropiada la atención a ese menor (familiar) del que es responsable, y

²²Azagra Solano, M., “Reducción de la jornada de trabajo “diaria” por razones de guarda legal,

Revista Aranzadi Doctrinal núm. 3/2012.

²³ STSJ de Cataluña de 21 febrero 2014(AS 2014\786).

compatibilizar así de la mejor forma posible su vida laboral y familiar. Dicho de otro modo, la empresa no puede elegir sin más la determinación de tal disfrute, por desconocer qué circunstancias personales y familiares concurren en cada caso para la compatibilización del trabajo con la guarda y atención del menor o del familiar²⁴.

En tales supuestos de reducción de jornada por motivos familiares, el trabajador prescinde de una parte de salario en función de las necesidades familiares y personales ligadas a las personas atendidas, lo que excluye la posibilidad de que sea el empleador quien, sin conocer de primera mano tales necesidades, pueda decidir la forma de disfrutar el derecho a la reducción de jornada. Así pues como regla general se otorga la facultad de elección de horario para su jornada reducida en favor del trabajador, si bien éste queda sometido a los principios de buena fe contractual en el ejercicio de la citada concreción horaria (por aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 del CC que rige la relaciones jurídicas contractuales y los artículos 5. a y 20.2 ET para la relación jurídica laboral); dicho ejercicio no podrá ser abusivo o contrario a tales exigencias derivadas del principio de buena fe²⁵. Cuando las circunstancias que concurren en cada caso y los términos de la concreción horaria propuesta por el trabajador supongan un grave perjuicio para la subsistencia de la empresa o afecten gravemente su producción no podrá ampararse judicialmente el ejercicio de este derecho; tampoco si existe la posibilidad de satisfacer el derecho del trabajador en otro horario compatible con el proceso productivo de la misma²⁶. Como es sabido el art. 37.5 del ET forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 de la CE) que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad ésta que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa²⁷. Adicionalmente, cuando surjan discrepancias interpretativas, el TC

²⁴ Martín Flórez, L., “Concreción de horario derivada de la reducción de jornada por cuidado de hijos”, *Revista Doctrina Aranzadi Social* núm. 1/2013.

²⁵ STSJ de Cataluña de 21 febrero 2014(AS 2014\786), STSJ de la Rioja de 10 de febrero de 2012 (AS 2012\ 575). La sentencia de de 3 junio de 2013 (AS 2013\2503) que deniega la concreción horaria solicitada por la trabajadora en aplicación de lo establecido en el CC para controladores de tránsito aéreo en la entidad pública empresarial aeropuertos de España por no inexistencia de perjuicios que se le ocasionaría a su derecho de conciliar su vida laboral y familiar.

²⁶ Martín Flórez, L., “Concreción de horario...”, *cit.*

²⁷ STSJ de Navarra Sentencia de 16 enero 2014 (AS 2014\771).

ha avalado como criterio la ponderación de las circunstancias concurrentes, poniendo a un lado de la balanza la importancia que para la efectividad del derecho del trabajador a la no discriminación por razón de sexo tiene la concreta solicitud de jornada reducida planteada, y al otro lado, las razones de la empresa para oponerse a la misma en base a las dificultades que dicha opción pudiera ocasionar en su funcionamiento regular²⁸. Resumidamente, en la mayor parte de las situaciones será la jornada propuesta por el trabajador la que prospere si la empresa no evidencia razones suficientemente justificadas para no acceder a la misma, mientras que si la empresa logra demostrarlas quebrará esa regla general y podrá prosperar el horario que ésta proponga; todo ello siempre dentro de los parámetros de la buena fe en la actuación tanto empresarial como del trabajador²⁹. En otras palabras, la concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho individual del trabajador, que sólo ha de decaer en supuestos excepcionales, como en el caso de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta la dimensión constitucional de la reducción de jornada solicitada y, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), lo que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa³⁰. Desde la perspectiva constitucional del problema planteado, no cabe sacrificar los derechos de la persona que trabajadora que solicita el derecho a reducción en base a meras alegaciones empresariales, cuando no concurre prueba alguna que acredite la más mínima disfunción en la actividad organizativa de la empleadora³¹.

²⁸ SSTC 3/2007, de 15 de enero de 2007 (RTC 2007, 3) y de 14 de marzo de 2011 (RTC 2011, 26) y del TS de 21 de marzo de 2011 (RJ 2011/3555).

²⁹ STSJ de Cataluña de 21 febrero de 2014 (AS 2014\786), STSJ de la Rioja de 10 de febrero de 2012 (AS 2012\ 575).

³⁰ Por todas, SSTC 3/2007, de 15 de enero de 2007 (RTC 2007, 3) y 26/2011, de 14 de marzo de 2011 (RTC 2011, 26), y 92/2005, de 18 de abril de 2005 (RTC 2005, 92). Entre las de los Tribunales Superiores de Justicia, alineándose con la dimensión constitucional del problema, por todas algunas recientes, la STSJ de Navarra Sentencia de 16 enero de 2014 (AS 2014\771) y también la STSJ de Navarra de 16 enero de 2014 (AS 2014\771).

³¹ A título de ejemplo de interpretación desde la perspectiva constitucional de ponderación de las circunstancias, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona, de 10 de octubre de 2012, estimó las pretensiones de una trabajadora, que tenía dos hijos menores de ocho años. Como consecuencia del nacimiento del primero de ellos, ya venía disfrutando de reducción de jornada, en horario de 8:30 a 14:30 horas, de lunes a domingo. Con motivo del nacimiento del segundo hijo, con pretensión de realizar una jornada de 34 horas la empleada solicita un cambio

3. INTERPRETACIÓN DEL ART. 37. 5. Y 6 ET: CONCRECIÓN HORARIA DE LA JORNADA REDUCIDA

Conforme al artículo 37.5. ET el trabajador/a “tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria ...de al menos un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella...la concreción horaria y la determinación del período de disfrute le corresponde al trabajador dentro de la jornada ordinaria...”.

Analizaremos en las páginas siguientes los problemas interpretativos que más comúnmente se han planteado los órganos judiciales, haciéndolo desde la óptica de las distintas situaciones en las que se encuentran las personas que pretenden hacer valer su derecho a reducir su jornada por motivos familiares y como consecuencia de ello a concretar su horario. No sin antes hacer una referencia a la inclusión del término jornada “diaria” en el vigente texto del art. 37.5 y 6 ET; el precepto establece que el derecho a la reducción de jornada habrá de proyectarse sobre la jornada de trabajo “diaria”, calificativo inexistente hasta la reforma laboral 2012 y que sirve para delimitar el ejercicio mismo del derecho³². Esta modificación, en apariencia mínima, en cuanto que únicamente incorpora

en su horario de trabajo, con intención de desarrollarlo de 9:15 a 14:55 horas. La empresa demandada rechazó esa solicitud. Solicita alternativamente realizar el siguiente horario: dos semanas de 9:15 a 14:55 horas y otra semana de 7:45 a 13:25 horas, y así sucesivamente. La empresa volvió a rechazar su solicitud. Finalmente, el Juzgado de lo social nº 3 de Pamplona estima la pretensión con fundamento en los razonamientos que se resumen a continuación. La trabajadora acredita la incompatibilidad de su horario con el horario escolar de sus dos hijos menores, así como con el horario de su marido, que trabaja a turnos y en horarios coincidentes. El Juzgado valora la distancia entre los centros escolares y el domicilio de la trabajadora hecho éste que incide en la imposibilidad de compatibilizar el horario en que venía prestando sus servicios y la atención de sus dos hijos. El Juzgado valora también de forma positiva que la trabajadora hace alternativamente dos propuestas de horario, el horario alternativo que es rechazado igualmente por su empleadora. Razona el juzgador a quo que la empresa demandada no aporta elemento alguno de convicción relativo a las dificultades organizativas o productivas que puedan colisionar frontalmente con la pretensión de la demandante, considerando incluso que su oposición a la concreción horaria debe considerarse contraria a la buena fe contractual. Desde la perspectiva constitucional del problema planteado, entiende asimismo la sentencia que no cabe sacrificar los derechos de la demandante en base a meras alegaciones empresariales, pues no concurre prueba alguna que acredite la más mínima disfunción en la actividad organizativa de la empleadora. Por todo ello, concluye el Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona que no es abusiva, ni contraria a la buena fe contractual la elección de horario postulada por la demandante, ya que el cuidado de los hijos menores de la demandante, es la finalidad última del derecho ejercitado, que justifica de forma indubitada la concreción horaria solicitada.

³² Azagra Solano, M., “Reducción de la jornada..., *cit.*”

el término “diaria” al referirse a la reducción de la jornada de trabajo, tiene un gran impacto en la práctica y en teoría pondrá fin a las diversas interpretaciones, tanto doctrinales como jurisprudenciales sobre el término “jornada” para estos supuestos, suponiendo el abandono de la utilización de parámetros superiores al diario (módulo semanal, mensual, anual) para la concreción del horario, en cuanto que sólo podrán elegirse las horas en que se prestarán servicios dentro del día³³. Ello impediría otro tipo de concreciones que pudieran convenir en cada caso al trabajador, como por ejemplo, utilizar el cómputo semanal que permitiría acumular el trabajo en algunos días para no prolongar su jornada al sábado o domingo; o que, en un cómputo anual, se liberen períodos coincidentes con las vacaciones escolares, en principio tales situaciones no serían factibles³⁴.

La nueva redacción dada al precepto a través de la adición mencionada, permite afirmar, que si se ejercita el derecho de reducción por motivos familiares, esta reducción debe proyectarse sobre todos los días en los que el trabajador o trabajadora tiene que prestar sus servicios³⁵. Así pues si un trabajador o trabajadora presta servicios, de lunes a viernes, esa reducción deberá afectar a la jornada correspondiente a esos cinco días, no solamente a algunos de ellos, lo que sería posible es que el porcentaje de reducción variase de un día a otro³⁶; siempre que tal reducción sea de al menos un octavo de su duración y no sobrepase la mitad de la jornada diaria. El trabajador tendría derecho a reducir su jornada diaria entre un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla, lo que en términos porcentuales permite afirmar que la jornada de trabajo diaria podrá reducirse entre un 12'5% y un 50%³⁷.

La referencia a la jornada de trabajo “diaria” en caso de reducción por guarda legal incorporada en 2012 no permite excluir de la prestación de servicios un día concreto de la semana si la jornada pactada entre empresario y trabajador obliga al trabajo en ese día. Así pues si en la empresa se trabaja de lunes a domingo, o de lunes a sábado no podrá excluirse la prestación de servicios en

³³Fraguas Madurga, L., “Reducción de jornada y flexibilidad horaria por cuidado de hijos tras la Reforma laboral de 2012, Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 10/2013. BIB 2013\311

³⁴Fraguas Madurga, L., “Reducción de jornada y flexibilidad horaria...., *cit.*

³⁵Azagra Solano, M., “Reducción de la jornada de trabajo..., *cit.*; Carmen Sánchez Trigueros, “Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012 (II): reducción de jornada por guarda legal y vacaciones”, Aranzadi Social núm. 4/ 2012.

³⁶ Azagra Solano, M., “Reducción de la jornada de trabajo..., *cit.*

³⁷Sánchez Trigueros, C., “Conciliación de la vida familiar..., *cit.*

un día concreto pues se estaría variando unilateralmente la jornada. Esa exclusión supondría reducir la jornada de trabajo de uno de los días en el porcentaje del 100 % que no está permitido en la regulación vigente³⁸.

Se ha dicho que esta previsión es más acorde con la finalidad real del derecho, lo cual es cuestionable porque no abarca todas las posibles situaciones personales, pero lo que no resulta dudoso es que dificulta su ejercicio en la práctica³⁹. La tarea de conciliar vida familiar y laboral se tornaría a partir de ahora “mucho más compleja” ya que ésta “no se logra sólo trabajando menos horas... sino admitiendo que las horas que se trabajan se puedan articular de forma adecuada para hacerlas compatibles con la atención del menor⁴⁰. El sentido finalista de la reducción, que no es otro que permitir al trabajador atender las necesidades familiares desaparece”⁴¹.

En la práctica, esta modificación va a suponer un freno a la flexibilidad y a la conciliación de la vida familiar y laboral puesto que si la reducción de jornada debe concretarse obligatoriamente en el módulo diario, se está dotando a la medida de una rigidez que favorecerá, sobre todo, a los intereses empresariales, por encima de los del trabajador⁴². Mayoritariamente la doctrina se ha mostrado muy crítica con lo que se considera una regresión o restricción de un derecho de conciliación fundamental como el regulado en dicho precepto, pues el establecimiento del parámetro diario para la configuración de la reducción de jornada ha terminado de raíz con las solicitudes de reducción de jornada referidas a parámetros temporales superiores al diario; suprimiéndose así la única posibilidad extensiva que podía existir que compensara la falta de un derecho de adaptación de la jornada de trabajo que debiera ser el centro de las políticas de conciliación⁴³.

³⁸ Azagra Solano, M., “Reducción de la jornada de trabajo..., *cit*.”

³⁹ Herráiz Martín, M.S., “El Real Decreto-Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar», en I. García-Perrote y J.R. Mercader Uguina: *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, 2012, p. 281.

⁴⁰ Azagra Solano, M., “Reducción de la jornada de trabajo..., *cit*”

⁴¹ Herráiz Martín, M.S., “El Real Decreto-Ley 3/2012: luces y sombras..., *cit*.”

⁴² Azagra Solano, M., “Reducción de la jornada..., *cit*.” y Fraguas Madurga, L., “Reducción de jornada..., *cit*.”

⁴³ Ballester Pastor, A., “De cómo la reforma operada por el RDL 3/12 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”, *Revista de Derecho Social* nº 57/12.

Con el objeto de proceder al estudio de la reducción de jornada por motivos familiares y su incidencia en el tiempo de trabajo diferenciaremos varios supuestos que podrían afectar al ejercicio práctico del derecho por parte del trabajador.

a) Reducción de jornada en jornada continuada o partida

En este caso se pretende por el trabajador una reducción diaria, si el trabajador que proyecta ejercitar el derecho de reducción de jornada por motivos familiares desempeña su trabajo en jornada continua de trabajo o en jornada de trabajo partida, debería aplicarse si existiera colisión de intereses con el empresario, el principio general de que tiene que prevalecer aquella posición más idónea para la adecuada atención del beneficiario, de manera que la reducción de la jornada solicitada y la concreción horaria postulada, no repercutan negativamente sobre la persona atendida⁴⁴. Si la empresa se niega a aceptar la solicitud del trabajador, éste debería acreditar judicialmente que la reducción y la concreción horaria solicitada posibilita la adecuada atención de la persona en cuestión y permite compatibilizar adecuadamente la vida laboral con el desarrollo de la vida familiar. Por el contrario, el empresario habría de acreditar la imposibilidad de hacer frente a la petición efectuada por el reclamante, con motivos suficientemente justificados para no acceder a la concreción solicitada por el trabajador⁴⁵.

b) Ejercicio del derecho a la concreción horaria cuando se pretende elegir turno de trabajo sin reducción en la jornada.

Se trata de situaciones en que los trabajadores sin pedir reducción de jornada, solicitan un horario de mañana o tarde, en vez del horario que venían prestando para atender al hijo menor o discapacitado en su caso, invocando la

⁴⁴ Fraguas Madurga, L, “Reducción de jornada y flexibilidad horaria...., *cit.*”

⁴⁵ De esta manera lo han entendido, entre otras, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco en sentencia de 18 de febrero de 2003(AS 2003, 1777). Los Tribunales admiten por tanto la oposición empresarial por razones organizativas, excepcionalmente y cuando entra en colisión con el derecho del trabajador a la distribución horaria de la reducción de jornada para el cuidado del menor, ya que conforme a lo declarado por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en sentencia de 26 de octubre de 2000 (AS 2000, 4544), “ni el derecho del trabajador puede hacer ilusorio el del empresario a organizar su empresa en la forma que estime más conveniente o idónea para conformar los objetivos de la misma, ni esta facultad puede ejercitarse de manera que impida atender a la finalidad esencial del derecho del trabajador”.

conciliación de la vida familiar y laboral y el artículo 37. 5 y 6 del ET, centrando su petición en el alcance del derecho conferido en dicho precepto y si el mismo permite ó no una interpretación extensiva, de manera que se pueda cambiar el horario o el turno de trabajo, sin la correlativa reducción horaria. Al respecto el TS se pronunció en sentencia de 13 y 18 de junio de 2008⁴⁶ sobre el alcance de la reducción de jornada del apartado 5 del art.37 ET y la extensión con que puede ejercitarse con arreglo al apartado 6 señalando que si bien no cabe duda de que el derecho está concebido en cuanto a su modulación de manera favorable al interés del trabajador por cuanto es éste quien concreta el horario y el período de disfrute, pero siempre en el ámbito de la reducción de jornada; ya que el derecho que establece al trabajador el art. 37.6 del E.T de fijar la concreción horaria está vinculado a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones; por tanto no se comprende, la modificación unilateralmente del horario o del sistema de trabajo a turno que se pretende. Precizando que en el ET no se contempla otra posibilidad de variación del horario o del sistema de trabajo a turnos que la del artículo 41.1º.b), como modificación sustancial de las condiciones de trabajo a instancia de la dirección de la empresa en las condiciones tasadas por el precepto, pudiendo dar lugar, en su caso, a la rescisión del contrato. Siendo abundantes las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que comparten esa posición mayoritaria⁴⁷. Contrariamente, si bien con anterioridad a la reforma del art. 34 ET por la LOI, el TSJ de Madrid en sentencia de 19 de diciembre de 2007⁴⁸ se pronunció a favor de admitir una modificación de turno sin reducción de jornada en aras a conseguir una interpretación teleológica y finalista del precepto con el fin de conseguir una real y efectiva conciliación de las responsabilidades laborales y familiares.

c) Ejercicio del derecho cuando se trabaja a turnos y no se pretende la elección de un turno concreto

En el supuesto en que el trabajador en un régimen de trabajo a turnos, solicite la reducción de la jornada de trabajo y la concreción horaria derivada de

⁴⁶ RJ 2008/ 4227 y RJ 2008/ 4230.

⁴⁷ STSJ de Galicia de 24 octubre de 2013 (AS 2013\206), carece de amparo legal la modificación unilateral del sistema de trabajo a turnos por parte del trabajador no pudiendo hacerse una interpretación extensiva del art. 37.5 y 6 del ET; también, entre otras, en S TSJ Madrid de 27 de febrero de 2009 (AS 2009/1749), 17 de junio de 2010(AS 2010/ 2156) y 16 enero de 2012(AS 2012/172) .

⁴⁸ AS 2008/837.

aquella, sólo se le permitiría una reducción “diaria” en cada uno de los turnos, sin existir obstáculo legal alguno para proceder a la reducción de distintos márgenes horarios en cada uno de los turnos siempre que se produjera una reducción para cada uno de los días. La decisión debe ponderar el bien del menor, ejercitando el derecho conforme a los reglas de la buena fe, admitiendo la oposición empresarial excepcionalmente por los motivos analizados en el apartado anterior⁴⁹.

d) Reducción de jornada que afecta al sistema de turnos del trabajador

Son numerosos los problemas planteados en esta concreción de la reducción de la jornada, en la que en la mayoría de los casos se pretende pasar a un turno fijo, generalmente el de mañana; es buena muestra de ello la intervención constante de los Tribunales antes y después de la reforma de 2012, que analizaremos a continuación. Resumidamente, la normativa vigente (art.37.5y 6 ET) permite la reducción de jornada y la fijación por la trabajadora del nuevo horario, derecho no controvertido, pero siempre que ello se haga dentro de la “jornada ordinaria del trabajador/trabajadora”, quien concretará el alcance de la reducción, sin poder exigir un cambio horario o de turno, ni una redistribución de la jornada que exceda de los límites de la jornada ordinaria, salvo que exista acuerdo al respecto con la empleadora. El ET no establece otra posibilidad de variación del horario que la del artículo 41.1º.b) como modificación sustancial de las condiciones de trabajo a instancia de la dirección de la empresa en las condiciones tasadas por el propio art. 41.1ºb), pudiendo dar lugar, en su caso, a la rescisión del contrato. Existiría también una posibilidad diferente que es la de una redistribución de la jornada que exceda de los límites de la jornada habitual, el precepto de referencia para determinar las modalidades de concreción horaria sería entonces el 34.8 ET, en cuyo caso, el nuevo horario habrá de ser pactado, a falta de previsión convencional al respecto, individualmente entre empresa y trabajador⁵⁰. Asimismo respecto a la concreción horaria en tales supuestos, el legislador no ha querido establecer si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego, permitiendo soluciones judiciales distintas “según las circunstancias concurrentes”, siendo nece-

⁴⁹ Azagra Solano, M., “Reducción de la jornada..., *cit.*

⁵⁰ STS de 20 de octubre de 2010 (JUR 2013\96175).

sario que los tribunales analicen la necesidad de la medida solicitada y las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa⁵¹.

Con posterioridad a la reforma 2012, en fechas recientes, encontramos un buen número de pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia denegatorios del derecho a la concreción horaria en la jornada reducida en un turno fijo o permanente (generalmente el de mañana); así se deniega a la trabajadora a un turno fijo de mañana basándose en el análisis de las circunstancias concurrentes, consistentes en tal caso en razones organizativas y por colisionar con los intereses del resto de los trabajadores del centro; se rechazó también la pretensión de una trabajadora en otro caso de pasar del turno de mañana y tarde a turno de mañana de lunes a sábado de 9 a 14 horas⁵², por razones organizativas o productivas acreditadas por la empresa, por falta de coincidencia de la propuesta de la trabajadora al menos en un día a la semana, el sábado, con el horario de apertura al público de la empresa los sábados que se inicia a las 10 horas, concediéndole una concreción alternativa⁵³; asimismo se denegó la adscripción de la trabajadora a un turno estable, pues la trabajadora tenía una jornada en turnos rotatorios de mañana y tarde reconociéndosele el derecho de

⁵¹ STS de 20 de octubre de 2010 (JUR 2013\96175).

⁵² STSJ de Madrid de 16 diciembre (AS 2014\114): “si se accediera a la petición que ha solicitado la actora, la empresa se vería obligada a modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de sus compañeros y que estos verían incrementada su jornada de tarde, que como ya hemos dicho dificultaría la conciliación de su vida laboral y familiar, en beneficio de la actora, por lo que entendemos que es correcta la conclusión a la que llega la juez de instancia, máxime cuando el derecho que concede el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores a los trabajadores por razón de guarda legal consiste en disfrutar de una jornada reducida “dentro de su jornada ordinaria”, es decir, una reducción de la jornada que tienen fijada y no el establecimiento de una jornada distinta a la que tenían y para fijar una jornada distinta, es claro que ello no podría llevar consigo un perjuicio para el resto de los trabajadores o tendría que venir dado por la negociación colectiva - artículo 34.8 y 37 del Estatuto de los Trabajadores”.

⁵³ La STSJ de Andalucía, de 30 de enero de 2014 (AS 2014\529) respecto a la concreción horaria pretendida por la trabajadora de pasar de turno de mañana y tarde a turno de mañana de lunes a sábado de 9 a 14 horas, denegación que se basa en razones organizativas o productivas acreditadas por la empresa, por falta de coincidencia de la propuesta de la trabajadora al menos en un día a la semana, el sábado, con el horario de apertura al público que se inicia a las 10 horas. La decisión de la empresa de fijar un horario distinto al propuesto por la trabajadora es justificada y razonable, respondiendo al horario de la empresa y necesidades organizativas, sin que se aprecie vestigio alguno discriminatorio por razón de la maternidad de la trabajadora y sin que exista prueba de discriminación en comparación con otros trabajadores que hayan usado del mismo derecho de reducción de jornada.

reducción dentro de su jornada ordinaria pactada es decir, a turnos de mañana y tarde en base al argumento de que el trabajador puede reducir su jornada pero no imponer una jornada distinta⁵⁴.

e) Reducción de jornada con concreción superior a la diaria

La reforma laboral 2012 zanja la discusión en supuestos en los que se pretende en función de la reducción de jornada llevar a cabo una restructuración que alcanzara a un margen superior al diario, es decir, cuando se pretende excluir un día concreto de la semana de la prestación de servicios y que se habían planteado con anterioridad. No obstante, la doctrina científica apunta la posibilidad de que por la negociación colectiva o por acuerdo individual entre trabajador y empresa se pueda acordar una concreción que permita alcanzar un parámetro superior al diario, retomando a la situación anterior a la reforma laboral del 2012⁵⁵.

3.1. Concreción horaria y negociación colectiva

La Ley 3/2012, de 6 de julio reconoció la posibilidad de la negociación colectiva de incidir sobre la regulación de la reducción de jornada por guarda

⁵⁴La STSJ de Galicia de 15 marzo 2013(AS 2013\1928). Existe también por el contrario, algún pronunciamiento favorable en este caso del Juzgado de lo Social nº 2 de Pamplona en sentencia de 4 de julio de 2013(AS 2014/2320) en el que se concede la concreción horaria en turno de mañana de una trabajadora en horario de 8,30 a 14,30 horas de lunes a jueves y viernes de 8,00 a 14,00 horas para el cuidado de sus hijas, de apenas seis meses de edad en el momento de la solicitud; cuyo padre era un trabajador de la industria que tenía una jornada de turnos de mañana , tarde y noche y que la guardería pública en las que habían sido admitidas para el curso escolar 2.014-2.015 (lo fue en horario de 8,00 a 15,00 horas, siendo además que los menores no pueden permanecer más de 7 horas en la guardería) . “La empresa no acreditó que el horario propuesto por la trabajadora le produzca dificultad organizativa insalvable, que pueda justificar la oposición empresarial a su solicitud, mientras que los horarios propuestos por la empresa no le permiten atender a las bebés. De manera que el juzgador estimó que la pretensión realizada por la parte actora se limitaba a pedir una concreción horaria que puede ser satisfecha con una organización de los servicios por parte de la empresa demandada y dicha petición queda justificada por la necesidad de conciliar la vida laboral y familiar y no obedece ni a un capricho ni a una mera conveniencia de la trabajadora, la petición la efectúa la actora en el ejercicio de la facultad conforme a las exigencias de la buena fe, no cabe más que la estimación de la demanda y declarar el derecho de la actora a ejercer la reducción de jornada por cuidado de hijo menor en el horario solicitado en el turno fijo de mañana de 8,30 a 14,30 horas de lunes a jueves y viernes de 8,00 a 14,00 horas”.

⁵⁵ Fraguas Madurga, L., “Reducción de jornada... , *cit.*

legal de menores o discapacitados, o para el cuidado de familiares, más allá de la elevación de los mínimos establecidos en la ley al establecer, en el artículo 37.6 del ET, que “los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas”. La doctrina se apresuró a criticar esta nueva previsión del art. 37.6 ET señalando que el aspecto más problemático que presenta la lectura del actual de precepto surge con la configuración de competencias específicas atribuidas a los convenios colectivos⁵⁶. Esta incorporación supone un cambio fundamental en el alcance del derecho subjetivo a la reducción de jornada que, hasta la fecha, constituía un derecho absoluto y pleno del trabajador/a, constituyendo un derecho fundamental que nace directamente de la Constitución y que no podría ser eliminado vía negociación colectiva, en el anterior escenario el trabajador era el único legitimado para la determinación del momento concreto de su disfrute. Efectivamente, el art. 37.6 ET antes de la reforma de 2012 suponía la rotunda prioridad del trabajador/a a la hora de determinar el momento de su disfrute⁵⁷, que no quedaba alterado por las eventuales discrepancias que pudieran surgir y para las que se establece un procedimiento específico en el art. 139 LRJS. Así las cosas, cuando la actual redacción del art. 37.6 ET establece la posibilidad de que por convenio colectivo se puedan establecer criterios de concreción horaria que tengan en cuenta tanto los derechos de conciliación como las necesidades de la empresa, se opera en opinión de este sector de la doctrina claramente una degradación en el alcance del derecho a la reducción de jornada, que pueden ser alterados en beneficio de la empresa por vía de convenio colectivo. Por su parte con anterioridad a la reforma 2012, el TS en su sentencia de 21 de Marzo de 2011⁵⁸, precisaba que la negociación colectiva puede concretar o determinar la forma de disfrute de la reducción de jornada, pero en todo caso debe permitirse la ponde-

⁵⁶ Ballester Pastor, M. A., Ponencia: “Conciliación y corresponsabilidad en las últimas reformas laborales y de seguridad social, Barcelona 22 de febrero de 2013.

⁵⁷ Menciona Cruz Villalón, J., “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número extraordinario, 1999, p. 89, que el derecho a la concreción horaria del trabajador en reducción de jornada establece una obligación para el empleador de “adaptar la organización del trabajo en la empresa a la decisión unilateral previa del trabajador”.

⁵⁸ Un comentario sobre su alcance por Manuel Iglesias Cabero, “Convenio colectivo. Impugnación. Fijación del horario en jornada reducida por cuidado de hijo. Ponderación de los intereses en juego”, *Diario La Ley*, 7707, 3 de Octubre de 2011.

ración de los intereses en juego, sin que resulten válidas las limitaciones genéricas de los derechos de conciliación del trabajador/a, dicha sentencia refuerza la existencia de un derecho individual de conciliación, reconocido por el Tribunal Constitucional, que no puede eliminarse, sino solo ordenarse por la acción de la negociación colectiva, resultando siempre posible la ponderación de intereses en juego⁵⁹.

La rotundidad de estas críticas se ha visto suavizada por las matizaciones establecidas por algún pronunciamiento judicial reciente al respecto posterior a la reforma laboral 2012⁶⁰, que ha precisado que la norma introducida no habilita a la negociación colectiva para imponer una concreción horaria sino “para establecer criterios”. El potencial acuerdo contenido sobre concreción horaria de la reducción de jornada contenido en el convenio colectivo deberá respetar la finalidad de la reducción de jornada de atender las necesidades de conciliación de cada trabajador/a individual, tantas veces aludidas⁶¹; y también las normas de derecho necesario dirigidas a garantizar esa finalidad, dejando un margen a la concreción por el propio trabajador/a. Así pues acuerdos de la representación del personal en los que se alteran de tal manera la mecánica de la reducción de jornada que deja de ser una reducción flexible de jornada para pasar ser siempre un permiso retribuido (acumulado en jornadas), hace cuestionarse si efectivamente en todo caso y circunstancia facilitan la conciliación ordinaria tal y como la pretende satisfacer la reducción de jornada legalmente regulada en los apartados 5 a 7 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores⁶².

4. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DURANTE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES

4.1. Despido y jornada reducida por motivos familiares: especial referencia al despido objetivo

En concreto, se considera nula, cuando no sea procedente, tanto la decisión extintiva por causas objetivas, como el despido disciplinario, de los trabajadores

⁵⁹ En palabras de Ballester Pastor, M.A., Ponencia: “Conciliación..., *cit.*”

⁶⁰ STSJ de Galicia de 16 de mayo de 2014 (AS 2014/1644).

⁶¹ Sobre dicha finalidad véase el apartado 2 del presente estudio.

⁶² STSJ de Galicia de 16 de mayo de 2014 (AS 2014/1644).

que hayan solicitado o estén disfrutando de la reducción de jornada por motivos familiares en aplicación de lo establecido en el art. 55.5b) ET (despido disciplinario) y el 53.4 b) ET (extinción por circunstancias objetivas); en relación con el art. 37.5 del ET.

La extinción del contrato por causas objetivas de trabajadores con jornada reducida es la situación extintiva que ha acaparado mayor atención de nuestros tribunales, motivo por el centraremos sobre ella nuestro análisis. Existe una protección especial de los trabajadores con jornada reducida por motivos familiares frente al resto de los empleados en caso de despido objetivo; el art.53.4 b) del ET establece de forma expresa la nulidad de dicho despido, estando ante un supuesto de nulidad objetiva derivado del ejercicio del derecho a conciliar la vida laboral con la familiar, objetivo legal, que viene avalado por la doctrina unificada del TS en sentencia de 25 de enero de 2013⁶³ y también la de 17 de marzo de 2009(RJ 2009, 2203); así como del Tribunal Constitucional STC 92/2008 (RTC 2008, 92) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Asunto C-460- 06, sentencia de 11/10/2007(TJCE 2007, 270), en el que si bien se refiere a los supuestos del embarazo, es completamente trasladable al terreno que nos ocupa. Adicionalmente, el art.53.4 c) ET establece una salvedad para la calificación de nulidad de los despidos objetivos, cuando se declare su procedencia por motivos no relacionados con el ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, existiendo solo dos declaraciones posibles, procedencia y nulidad (quedando vetada la improcedencia en tales casos)⁶⁴. La procedencia de tales extinciones sería posible no obstante en situaciones bastante excepcionales (STSJ de Cataluña en sentencia de 6 junio de 2012⁶⁵), en el caso de cierre total de la empresa y; ya más discutiblemente, si se cerrara el centro de trabajo de la trabajadora y no pudiera ser destinada a otro que no supusiese traslado; o cuando fuera la única trabajadora de su categoría profesional y no hubiera posibilidad de destinarla a otra categoría dentro de su grupo profesional, o si en la empresa todos los trabajadores estuvieran en situación de reducción de jornada y aquella tuviera la necesidad objetiva de suprimir puestos de trabajo, etc.; en caso de no acontecer ninguna

⁶³ RJ 2013/1959.

⁶⁴ STSJ de Madrid de 24 de febrero de 2014 (AS 2014\912) en un supuesto de extinción por causas objetivas se declara la nulidad del cese por encontrarse la trabajadora disfrutando de jornada reducida por guarda legal de menor.

⁶⁵ AS 2012/1877.

de las circunstancias descritas ni acreditarse objetivamente las razones para la afectación de trabajadora la decisión empresarial frente a otros, el cese con bastante probabilidad se declararía nulo⁶⁶.

Se consideraría también nulo el cese de un trabajador/a a pesar de existir pérdidas y una restricción presupuestaria en la empresa que justifique la necesidad de reducir plantilla si a la hora de individualizar la afectación no ha quedado probado que la amortización del puesto de trabajo de la trabajadora sea inexcusable ni tampoco se prueban las razones para la permanencia de otros trabajadores (en caso de ser reintegrados en otros departamentos de nueva creación, por ejemplo, habiéndose acreditado la polivalencia funcional de la trabajadora con jornada reducida que resulta afectada)⁶⁷. La intensidad de la tutela legal dispensada, reforzada por los pronunciamientos jurisprudenciales dificulta mucho la procedencia de las decisiones extintivas en tales circunstancias. Incluso algún pronunciamiento ha llegado a sugerir el reconocimiento a la trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijos una preferencia efectiva a permanecer en la empresa en caso de reducción de plantilla por despido objetivo individual o por despido colectivo. Esta interpretación es excesiva, ya que legalmente, únicamente gozan de este beneficio los representantes unitarios de los trabajadores y los delegados sindicales [arts 51.5, 68.b)ET y 10.3 LOLS], así como los trabajadores designados por el empresario para ocuparse de la actividad de prevención y los trabajadores integrantes del servicio de prevención cuando la empresa decida constituirlo (art. 30 LPRL). Se trata de una norma que no puede ser interpretada de forma extensiva, dado que el reconocimiento del derecho de permanencia para unos trabajadores, implica “un sacrificio para otros trabajadores que serán los finalmente afectados por el despido”⁶⁸. La reforma de 2012, como hemos visto anteriormente, no dio el paso en este sentido; modestamente, y sólo en relación con el despido colectivo remitió a la negociación colectiva o al acuerdo en período de consultas el establecimiento de prioridades de permanencia favor de los trabajadores con cargas familiares⁶⁹.

⁶⁶ Del mismo modo, la sentencia del TSJ de Navarra de 16 enero de 2014 (AS 2014/771), declara nulo el cese por amortización del puesto de trabajo de una trabajadora con jornada reducida por guarda legal de menor; y también el TSJ de Madrid, en sentencia de 14 octubre de 2013 (AS 2014/959).

⁶⁷ STSJ de Justicia de Asturias de 7 marzo de 2014 (AS 2014/1148).

⁶⁸ Roldán Martínez, A., “Reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares: revalorización del papel del convenio colectivo tras la reforma de 2012”, RL n° 7-8, 2014, p. 55.

⁶⁹ Roldán Martínez, A., “Reducción de jornada...”, *cit.*

Ahora bien, un sector importante de la doctrina se plantea que las mayores facilidades para el despido por causa económica, técnica, organizativa o de producción a partir de la nueva configuración de sus causas y de la desaparición de la autorización administrativa en caso de despido colectivo, puede tener un efecto particularmente perjudicial para los sujetos con responsabilidades familiares, puesto que no existen garantías de mantenimiento del empleo prioritario para ellos, ni siquiera para aquellos que se encuentren disfrutando algún tipo de permiso parental o reducción de jornada por cuidado de dependientes. En efecto, la garantía de nulidad del despido establecido en el art. 108.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para ciertas situaciones relacionadas con el embarazo, la maternidad y el disfrute de permisos parentales implica que, salvo procedencia del despido, no cabe otra calificación que la de nulidad. De este modo, cuando existe justa causa para la extinción por causa objetiva o por despido colectivo, no procederá la calificación de nulidad (como tampoco procedería la calificación de improcedencia). Tan solo en caso de embarazo o disfrute de permiso de maternidad podría tal vez considerarse que existe una obligación empresarial de justificar la elección de la trabajadora en esta situación para la extinción objetiva o el despido colectivo dado que el art. 10 de la Directiva 92/85 (de protección de la maternidad) solo admite el despido en los “casos excepcionales” no inherentes a su estado⁷⁰. Pero si se trata de sujetos con responsabilidades familiares en otras situaciones, incluso aunque se encuentren disfrutando de permisos parentales, no existen garantías en el ordenamiento español para que se garantice que no se escoge prioritariamente a los sujetos con responsabilidades familiares. En todo caso, si concurrieran indicios de discriminación podría exigirse al empresario que probara la concurrencia de no discriminación en su elección, pero la existencia de dichos indicios puede resultar compleja, sobre todo en aquellos casos en que existan trabajadores afectados que no tengan responsabilidades familiares⁷¹.

Entre las sentencias, menos numerosas, que declaran la procedencia de la extinción en tales circunstancias, la STSJ de Asturias de 28 de marzo de 2014⁷², debido a que se produjo tanto un descenso de los ingresos como cambios en la organización que incidían en el contrato de trabajo a extinguir, de modo que el despido era una medida razonable en términos de gestión empresarial y justi-

⁷⁰ Así lo defiende Maragall, A., “La prohibición de afectación de las trabajadoras embarazadas y en permiso de maternidad en los despidos colectivo (salvo caso excepcional)”, *Jurisdicción Social*, 127, 2012, p. 39.

⁷¹ Ballester Pastor, A., Ponencia: “Conciliación y corresponsabilidad...”, *cit.*

ficada por haber dejado de cumplir el contrato de trabajo afectado su finalidad económica y productiva. Esta conexión de funcionalidad entre la causa, el contrato laboral y el despido presenta diferencias con la anterior a la reforma laboral de 2012, pero existe y ha de justificarse por la empresa, si bien su alcance o límites son objeto de discusión doctrinal y jurisprudencial como puede verse en las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de fechas 20 de septiembre de 2013⁷³ y 27 de enero de 2014⁷⁴, en un caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo; de la Audiencia Nacional, de fechas de 21 de noviembre de 2012⁷⁵ y de 18 de diciembre de 2012⁷⁶; del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fechas 8⁷⁷ y 20 de noviembre de 2013⁷⁸. Tal justificación estaría ausente en el caso de haber contratado la empresa a un trabajador con el mismo perfil profesional que al que ha despedido, pues se rompería la conexión entre la causa empresarial aducida y el despido, que ya no sería una decisión adoptada por la existencia de la situación económica negativa o de los cambios organizativos, sino por una motivación diferente; salvo que exista una diferencia sustancial entre las funciones de ambos puestos de trabajo que dote de racionalidad y justificación a la medida extintiva.

La lectura de los hechos de algunas sentencias, revela que “el blindaje proporcionado por la reducción de jornada por motivos familiares ha conducido a algunos trabajadores a solicitar la reducción de jornada para protegerse ante un más que probable despido o para tener un régimen más favorable en el caso de un expediente de regulación temporal de empleo con reducción de jornada. Existen pronunciamientos contradictorios a la hora de valorar si dichas solicitudes son fraudulentas. En todo caso, debe partirse de la base de que el fraude debe ser probado por el empresario y que la situación de tensión que existe en la empresa no le legitima a exigir una justificación o explicación de los motivos que llevan al trabajador al ejercicio del derecho en ese momento y no en épocas anteriores”⁷⁹.

⁷² AS 2014\895.

⁷³ RJ 2013/7744.

⁷⁴ RJ 2014/793.

⁷⁵ AS 2012/ 24094.

⁷⁶ AS 2013/1036.

⁷⁷ AS 2013/ 3296.

⁷⁸ AS 2013/ 3213.

⁷⁹ Roldán Martínez, A., “Reducción de jornada..., *cit.*”

4.2. Salario regulador de las indemnizaciones en supuestos de reducción de jornada por motivos familiares

Según la DA 18ª del ET, en los supuestos de reducción de jornada contemplados en el art. 37.5 ET el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de indemnizaciones previstas en el propio ET será “el que hubiese correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción”. Esto afecta tanto a las indemnizaciones por traslado como por modificación sustancial de condiciones, muerte jubilación o incapacidad del empresario, la extinción por voluntad del trabajador del art. 50.2 ET, las de despido colectivo y las de extinción por circunstancias objetivas cuando fuese declarada procedente. No afectará a las de despido disciplinario, ya que en estos casos no es posible su declaración de improcedencia, solo la de procedencia o nulidad⁸⁰. La transitoriedad o excepcionalidad de la reducción salarial consiguiente a la reducción de jornada inspira la regla contenida en la citada Disposición Adicional 18ª, transitoriedad o excepcionalidad que se encuentra igualmente presente en la reducción de jornada por cuidado de hijos de nueve y diez años prevista en el 44 del convenio colectivo de grandes almacenes⁸¹ obedeciendo como obedece la indemnización a la finalidad en caso de despido de compensar la pérdida del estatus económico ligado a los salarios que se venían percibiendo, el estatus económico a compensar es entonces el ordinario o el habitual del que se disponía por el trabajo también habitual u ordinario, que no aquel otro estatus excepcional y transitorio que se tuvo con ocasión de la reducción de jornada por cuidado de hijo. El TS en sentencia de 11 de diciembre de 2011 declara al respecto que: el disfrute de los derechos de reducción de jornada por cuidado de hijos menores no puede precipitar perjuicio alguno para el beneficiario de esos derechos, al estar los mismos concebidos como una mejora social cuyos términos están claramente fijados en la ley y, en su caso también en el convenio colectivo, siendo la única contrapartida para el empresario de esa mejora resultante la inexistencia de la obligación de retribuir la parte de jornada que no se trabaje⁸².

⁸⁰Velasco Portero, T., “Conciliación y flexiguridad en el ejercicio de los derechos a la reducción de jornada”, DL nº100, 2014.

⁸¹STSJ Castilla y León, Sentencia de 15 junio de 2011 (AS 2011\2333) en la que se declara aplicable la disposición adicional decimoctava del ET a un supuesto de reducción de jornada de hijos de nueve y diez años, previsto en el artículo convenio colectivo (entonces el límite de edad estaba en ocho años) en relación al salario regulador de indemnización por despido.

⁸²Doctrina que queda reflejada en la referida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid de 15 junio de 2011 (AS 2011\2333) en la que se declara aplicable la disposición adicional decimoctava del ET.

5. CONCLUSIONES

La concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho individual del trabajador, que sólo ha de decaer en supuestos excepcionales, como en el caso de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta la dimensión constitucional de la reducción de jornada solicitada y, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), lo que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Adicionalmente, cuando surjan discrepancias interpretativas, el TC ha avalado como criterio la ponderación de las circunstancias concurrentes, poniendo a un lado de la balanza la importancia que para la efectividad del derecho del trabajador a la no discriminación por razón de sexo tiene la concreta solicitud de jornada reducida planteada, y al otro lado, las razones de la empresa para oponerse a la misma en base a las dificultades que dicha opción pudiera ocasionar en su funcionamiento regular.

La actual redacción del art. 37.6 ET establece la posibilidad de que por convenio colectivo se puedan establecer criterios de concreción horaria que tengan en cuenta tanto los derechos de conciliación como las necesidades de la empresa. Para evitar una degradación en el alcance del derecho a la reducción de jornada, que puede ser alterado en beneficio de la empresa por vía de convenio colectivo el potencial acuerdo contenido sobre concreción horaria de la reducción de jornada deberá respetar la finalidad de la reducción de jornada de atender las necesidades de conciliación de cada trabajador/a individual y también las normas de derecho necesario dirigidas a garantizar esa finalidad, dejando un margen a la concreción por el propio trabajador/a.

Se considera nula, cuando no sea procedente, tanto la decisión extintiva por causas objetivas, como el despido disciplinario, de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando de la reducción de jornada por motivos familiares en aplicación de lo establecido en el art. 55.5b) ET (despido disciplinario) y el 53.4 b) ET (extinción por circunstancias objetivas); en relación con el art. 37.5 del ET. Existe una protección especial de los trabajadores con jornada reducida por motivos familiares frente al resto de los empleados en caso de despido y en particular de despido objetivo; el art. 53.4 b) del ET establece de forma expresa la nulidad de dicho despido, estando ante un supuesto de nulidad objetiva derivado del ejercicio del derecho a conciliar la vida laboral con la familiar, objetivo legal, que viene avalado por la doctrina unificada del Tribunal Supremo, así como del Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO INDEFINIDO NO FIJO POR COBERTURA Y POR AMORTIZACIÓN DE LA PLAZA

MARGARITA ARENAS VIRUEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

Palabras claves: contrato indefinido no fijo, amortización, cobertura, causas de extinción, despido objetivo y despido colectivo

La identificación de las causas de extinción del contrato indefinido no fijo de la Administración Pública así como la fijación de los procedimientos a seguir en cada caso son dos de las cuestiones más controvertidas y complejas del régimen jurídico de esta modalidad contractual. En concreto, la mayor litigiosidad judicial se presenta, en cuanto causas de extinción del contrato de trabajo, en la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario y, sobre todo, en la amortización de la misma, cuyo análisis adquiere gran relevancia puesto que con ello se está planteando la protección del trabajador frente a decisiones que pongan fin a su relación laboral. Y es que, según se consideren la provisión y la amortización de la plaza como causas de extinción del contrato de trabajo de un tipo u otro, el procedimiento a seguir será diferente y, con ello, el derecho a la indemnización del trabajador afectado y la cuantía de la misma. Se trata de un tema de gran interés, al día de hoy, por la actual situación de crisis económica que afecta de forma particular a la Administración Pública en su dimensión de reducción del gasto público, lo que hace que adquieran gran actualidad los procesos de amortización de la plaza del contrato indefinido no fijo. Actualidad que también se manifiesta en la reciente modificación de la doctrina del TS al respecto que, según parece, va a permitir dar por zanjadas algunas de las más controvertidas cuestiones del régimen jurídico de la extinción del contrato del indefinido no fijo.

ABSTRACT

Keywords: fixed contract non-permanent, amortization, coverage, ending labour contract, objective dismissal and collective dismissal

Two of the most controversial and complex questions of the legal contract system are the identity of the cause for resolving fixed contract non-permanent of Public Administration and the process of coverage required in each case. Particularly, the main judicial litigation is, in relationship with the labour contract resolution, the mandatory legal process for coverage the position, and especially, on its amortization, which analysis takes a significant relevance, because of this subject considers protection of worker in front of the employer decision of ending labour contract. And so that, depending on the provision and the amortization of the public job position are considered like resolving contract of one type or other, the process will be different, and also, the compensation rights of worker and its economic amount. Latest solution that it also manifest in the recent change of the Supreme Court Decisions, which it, apparently, will allow resolve some of the most controversial issues about the legal framework of the no-permanent fixed contracts extinction.

ÍNDICE

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA OBJETO DE ESTUDIO
2. ÁMBITO DEL CONTRATO INDEFINIDO NO FIJO
3. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO INDEFINIDO NO FIJO: COBERTURA Y AMORTIZACIÓN DE LA PLAZA
 - 3.1. Cuestiones preliminares
 - 3.2. La cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario
 - 3.2.1. La naturaleza jurídica del contrato indefinido no fijo y su influencia en la extinción del vínculo jurídico
 - 3.2.2. Repercusión del EBEP en el régimen jurídico del contrato indefinido no fijo
 - 3.3. La amortización de la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo
 - 3.3.1. Actuación y efectos de la amortización de la plaza
 - 3.3.2. La repercusión del EBEP y de la disposición adicional 20ª del ET en la determinación de los efectos de la amortización de la plaza
4. LA REPARACIÓN ECONÓMICA DEL TRABAJADOR EN LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO INDEFINIDO NO FIJO POR COBERTURA Y AMORTIZACIÓN DE LA PLAZA
 - 4.1. La compensación económica del trabajador en la extinción por cobertura de la plaza
 - 4.2. La protección económica del trabajador en la extinción por amortización de la plaza
5. CONSIDERACIONES FINALES

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA OBJETO DE ESTUDIO

Una de las cuestiones más complejas y controvertidas del régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública es, sin duda, la identificación de las causas de extinción de su relación jurídica laboral así como la fijación de los procedimientos a seguir en cada caso. En concreto, la atención se ha centrado, en cuanto causas de extinción del contrato de trabajo, en la provisión o cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario y, sobre todo, en la amortización de la plaza, no sólo como posibles supuestos que ponen fin a la relación jurídica, sino, en primer lugar, acerca del encaje de dichas hipótesis entre las diversas causas de extinción del contrato de trabajo establecidas por la ley y, en segundo lugar, en los procedimientos que en cada caso han de seguirse en función de cuál sea la causa que ponga fin al contrato de trabajo.

Muestra evidente de la complejidad de este tema es la enorme litigiosidad judicial existente al respecto, pues son cuantiosos los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia que se han centrado en el asunto¹, desde la creación juris-

¹ Algunas de las más recientes sentencias de Tribunales Superiores de Justicia son las SSTSJ de Madrid de 23 de enero de 2013 (AS 2013/1180), de 2 de noviembre de 2012 (AS 2013/513) y de 29 de octubre de 2012 (AS 2013/151); las STSJ de Galicia de 22 de octubre de 2013 (JUR

prudencial, hace ya muchos años, de la figura del trabajador indefinido no fijo de la Administración Pública. Sin que se haya mantenido –y sin que se mantenga al día de hoy- por los Tribunales Superiores de Justicia una postura clara y definitiva al respecto, a pesar de la unificación de doctrina realizada por el TS. Como exponente de la dificultad del tema objeto de estudio es la existencia de numerosas sentencias del Tribunal Supremo, dictadas en unificación de doctrina², que en estos últimos meses ha modificado de forma progresiva su doctrina al respecto. Cambio de doctrina que, según parece, va a permitir dirimir las controversias que se generan en torno al régimen jurídico del contrato indefinido no fijo, sin perjuicio de que, como se expondrá en las próximas líneas, determinados asuntos puedan seguir planteando algunos problemas aplicativos e interpretativos.

El origen de la problemática jurídica que se plantea en torno al discutido régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo de la Administración Pública por cobertura de plaza y, sobre todo, por amortización de la misma, radica en la peculiar naturaleza del vínculo jurídico que une al trabajador con la Administración, así como en la ausencia de una normativa que, de forma expresa, regule este asunto. Y es que, como es sabido, la relación laboral indefinida no fija es una creación jurisprudencial de finales del año 1996 (cuya naturaleza y rasgos característicos se abordan en el siguiente apartado), pero sin que, hasta la actualidad, el legislador haya regulado de forma específica su régimen jurídico y sin que, a los efectos que aquí interesan, se haya disciplinado de forma expresa cómo actúa la cobertura de la plaza ni la amortización de la misma en relación con esta modalidad contractual, ni tampoco su repercusión en el vínculo jurídico entre el trabajador y la Administración Pública.

En este sentido, con el objetivo de identificar y analizar las distintas opciones que se han barajado, especialmente por los Tribunales de Justicia, el objeto de este trabajo está constituido por el estudio de la cobertura de la plaza

2013/343447), de 4 de octubre de 2013 (AS 2013/3007), de 1 de octubre de 2013 (AS 2013/3056), de 13 de septiembre de 2013 (AS 2013/3102); la STSJ de Baleares de 29 de abril de 2013 (AS 2013/1940); y STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2013 (AS 2013/2901).

² Algunas de ellas son las SSTs de 22 de julio de 2013 (RJ 2013/7657), de 14 de octubre de 2013 (RJ 2013/8000), de 15 de octubre de 2013 (RJ 2013/7999), de 23 de octubre (RJ 2014/14236), de 25 de noviembre de 2013 (JUR 2013/381783), la STS de 21 de enero de 2014 (RJ 2014/530) y STS de 11 de febrero de 2014 (RJ 2014/913). Otros pronunciamientos del TS, ahora ya con un cambio de doctrina son, entre otros, la STS de 24 de junio de 2014 (RJ 2014/4380), la SSTs de 7 de julio de 2014 (RJ 2014/4407 y RJ 2014/4408), STS de 8 de julio de 2014 (RJ 2014/4503), STS de 14 de julio de 2014 (RJ 2014/4418), STS de 14 de julio de 2014 (RJ 2014/4418) y STS de 16 de septiembre de 2014 (RJ 2014/4951).

por procedimiento reglamentario y la amortización de la misma en cuanto causas de extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla. Aspecto de especial relevancia porque, con la cobertura y/o la amortización de la plaza y su repercusión en el contrato indefinido no fijo, lo que se está planteando, en última instancia, es la protección del trabajador frente a decisiones de la Administración Pública que puedan poner fin a su relación laboral. De forma particular, se cuestiona el derecho al percibo de una indemnización por la extinción del vínculo jurídico y, en su caso, la cuantía de la misma. En efecto, según se consideren la provisión y la amortización de la plaza como causas de extinción del contrato de trabajo de un tipo u otro, el procedimiento a seguir será diferente y, con ello, el derecho a la indemnización del trabajador afectado y la cuantía de la misma.

Esta controvertida cuestión adquiere además, al día de hoy, especial interés por dos motivos. Por un lado, por la aprobación de algunas disposiciones normativas de relevancia en la materia como la introducción, por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral³, de la disposición adicional 20ª del ET, referente a la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público⁴; pero sin poder olvidar otro texto legislativo, en vigor desde hace ya unos años, cual es la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante)⁵, ni tampoco la redacción dada a la disposición adicional 15ª del ET por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo⁶. Ambas disposiciones adicionales del ET y el propio EBEP, como se analizará en detalle, pueden tener, sin duda, influencia en la aclaración de la materia objeto de estudio. El otro motivo que confiere especial interés a la materia es, claramente, la actual situación de crisis económica que afecta de forma particular a la Administración Pública en su dimensión de reducción del gasto público, lo que repercute indudablemente, haciéndolos más actuales y conflictivos los procesos de amortización de la plaza del contrato indefinido no fijo.

³ BOE de 7 de julio de 2012.

⁴ Esta disposición adicional ha sido desarrollada por los arts. 34 y ss 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 (BOE de 30 de octubre).

⁵ BOE de 13 de abril de 2007.

⁶ BOE de 30 de diciembre de 2006.

La cuestión expuesta se abordará en el presente trabajo distinguiendo dos grandes apartados o dimensiones, ya apuntadas: uno, el relativo al análisis de las causas de extinción del contrato indefinido no fijo de la Administración Pública, prestando especial atención a la cobertura y, sobre todo, a la amortización de la plaza por ser éste último el supuesto más controvertido y de mayor interés actualmente; y, dos, el referente al estudio de los procedimientos que, en cada caso y según las propuestas, razonamientos y conclusiones a las que previamente se lleguen, hayan de seguirse para poner fin al vínculo jurídico laboral entre el trabajador indefinido no fijo y la Administración Pública.

2. ÁMBITO DEL CONTRATO INDEFINIDO NO FIJO

Con carácter previo al análisis de las causas de extinción del contrato indefinido no fijo, surge una cuestión de relevancia, cuyo tratamiento va a permitir enmarcar el ámbito en el que se pueden plantear las controversias que se analizan en este trabajo. Es cierto que en el próximo epígrafe se estudia la naturaleza de esta figura contractual y su influencia o repercusión en la extinción del vínculo jurídico entre el trabajador y su empleador; pero ahora se considera conveniente determinar quién puede ser empleador del trabajador indefinido no fijo, esto es, se trata de delimitar el ámbito en el que puede existir este tipo de contrato. La relación laboral indefinida no fija fue creada, como se ha dicho, por el TS para poner solución a *“la existencia de irregularidades en la contratación de las Administraciones Públicas que, pese a su ilicitud, no podían determinar la adquisición de fijeza por el trabajador afectado, pues tal efecto pugna con los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público –tanto funcional, como laboral- en las condiciones que se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”*⁷. Así, esta figura se creó por el TS para acomodar las consecuencias de las irregularidades en la contratación en el seno de las Administraciones Públicas con el respeto a los principios de acceso a la función pública. Se trata de una figura que es el resultado de una aplicación modulada o matizada del art. 15 del ET, en la búsqueda de una aplicación armónica del Derecho del Trabajo y de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

De la doctrina del TS al respecto se entiende que es en el seno de las Administraciones Públicas en las que rijan los mencionados principios donde tiene

⁷ STS de 22 de julio de 2013 (RJ 2013/7657).

sentido y adquiere su razón de existir esta figura, que no existe en el Derecho del Trabajo, pues éste no diferencia entre el fijo y el indefinido (pero no fijo). Ahora bien, para concretar cuáles son las Administraciones Públicas en las que puede existir esta figura, resulta necesario atender a las disposiciones normativas que puedan permitir aclarar esta cuestión, sin que ninguna norma general determine lo que se entiende por Administración Pública puesto que la práctica habitual es que cada disposición establece su propio ámbito subjetivo de aplicación. A los efectos que nos interesan, son varias las normas legales de interés al respecto: el EBEP, el ET y, por remisión de éste, el texto refundido la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Los arts. 8 y 11 del EBEP disponen que el personal laboral puede ser fijo, por tiempo indefinido o temporal. Más adelante se analiza si el EBEP se ha limitado a incorporar al ordenamiento jurídico la figura del indefinido no fijo creada por el TS o si esta modalidad del indefinido (sin más) incluye también a otros colectivos. En estos momentos, interesa concretar qué se entiende por Administraciones Públicas o, más ampliamente, por Sector Público en cuanto empleador del personal laboral (que es uno de los colectivos que conforman la clasificación de los empleados públicos), a los efectos de determinar si en el acceso a todo el Sector Público rigen o no los principios constitucionales del art. 103.3 de la CE, que son los que permiten justificar la existencia de la especial figura contractual del indefinido no fijo. Al respecto, el art. 2.1 del EBEP, al delimitar su ámbito de aplicación, especifica cuáles son las Administraciones Públicas al servicio de las cuales presta servicios el personal laboral⁸, por lo que, en virtud del art. 55 del mismo texto legal, que regula los principios rectores del acceso al empleo público (igualdad, mérito y capacidad), a todas las Administraciones Públicas del art. 2.1 del EBEP le resultan de aplicación los mencionados principios y, por ende, en el seno de las mismas puede existir la figura del indefinido no fijo. Pero aún más amplio parece ser el ámbito en el que puede existir esta figura puesto que, según la disposición adicional primera del EBEP, los principios del mencionado art. 55 del EBEP serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en su art. 2 y estén definidas así en su normativa específica. Y, precisamente aquí, es donde surgen los

⁸ El art. 2 del EBEP especifica que las Administraciones Públicas son la Administración General del Estado, las Administraciones de las CCAA y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las Entidades Locales, los Organismos Públicos y las Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, y las Universidades Públicas.

mayores problemas, al delimitar a estas otras entidades en las que también rigen los principios del art. 55 del EBEP, que asimismo conforman el Sector Público.

En efecto, el Sector Público se conforma por las Administraciones Públicas, ya sean generales (Estado, Comunidades Autónomas y Locales), ya sea especializadas, cuales son los Organismos Públicos (que son Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales) y Agencias Estatales, así como por las entidades con forma jurídico privada (sociedades mercantiles y fundaciones), que son creadas y controladas por las Administraciones Públicas. Así, a tenor de lo dispuesto por el art. 2.1 del EBEP y por su disposición adicional primera, los principios de acceso al empleo público rigen, en todo caso, en las Administraciones Públicas generales, en los Organismos Públicos, en las Agencias y en las demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. Pero también rigen en otras entidades del sector público, diferentes a las citadas, que se puede entender que son las entidades con forma jurídico privada, a pesar de que se regulen por el ordenamiento jurídico privado, tal y como ocurre asimismo, aunque con matices, en las entidades públicas empresariales.

De esta forma, a tenor del EBEP, se concluye que es muy amplio el ámbito subjetivo de aplicación de los mencionados principios y, en consecuencia, es también muy extenso el ámbito en el que puede existir la figura del indefinido no fijo porque, se insiste, ésta adquiere sentido y, por ello, se justifica su existencia, desde el momento que se requiere el cumplimiento de los principios constitucionales de acceso a la función pública. Y ello, también se insiste, aunque pueda ser discutible su aplicación en el seno de parte de las entidades que conforman el sector público por serles de aplicación el ordenamiento jurídico privado, máxime porque, como se expone en detalle posteriormente, esta figura implica una menor estabilidad en el empleo y una posición menos ventajosa que la que presenta un trabajador indefinido, sin más.

Asimismo, como se anticipó, tenemos que tener en cuenta dos disposiciones adicionales del ET. Por un lado, la disposición adicional 15ª que, a los efectos de determinar la aplicación de los límites al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas del art. 15.5 del ET, dispone que surtirán efectos en el ámbito de las *“Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes”*. La redacción de esta disposición permite entender que los trabajadores indefinidos no fijos por aplicación de la misma (cuyo análisis detenido se realiza en el próximo epígrafe) pueden existir en un ámbito más restringido pues quedan al margen las Agencias, demás entidades de

derecho Público con personalidad jurídica propia y las demás entidades del sector público. Aún más evidente es la restricción del ámbito de actuación del art. 15.5 en las Administraciones Públicas que en el apartado 3 de la referida disposición se indica que a tales efectos sólo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas, *“sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas”*.

Y, por otro lado, la disposición adicional 20ª del ET que, al regular la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público, diferencia su ámbito de aplicación (que es muy amplio pues afecta a todos los entes, organismos y entidades del sector público que se enumeran en el art. 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, en el que se incluyen también sociedades mercantiles y fundaciones) del ámbito de aplicación de las causas económicas, técnicas u organizativas (no de producción), que es más restringido porque sólo se incluyen los entes, organismos y entidades del art. 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, entre los que no se encuentran ni las sociedades mercantiles ni las fundaciones. Asimismo, el párrafo último de esta disposición adicional reconoce la figura del indefinido no fijo, si bien de forma implícita y por referencia a la prioridad de permanencia que tiene el personal fijo, restringiendo también el ámbito de existencia de esta figura a las entidades y organismos del art. 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Se puede concluir, pues, que tanto la doctrina del TS, al crear y caracterizar la figura del indefinido no fijo, como el EBEP, al reconocer al trabajador indefinido (diferente del trabajador fijo), permiten entender que el marco en el que puede existir esta figura es muy amplio, tanto como marca el art. 2 del EBEP y, más aún, su disposición adicional primera al delimitar cuáles son las Administraciones Públicas a las que se aplica el EBEP y al considerar de aplicación los principios constitucionales de acceso a la función pública, que se puede entender extensible incluso a entidades a las que no se les aplica el Derecho Administrativo, a pesar de las dudas que surgen al respecto. Sin embargo, a los efectos de la aplicación del encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas y a los efectos de reconocer la figura del indefinido no fijo en los supuestos de despidos colectivos, las disposiciones adicionales 15ª y 20ª del ET delimitan un ámbito más restringido en el que puede existir la figura del indefinido no fijo. En cualquier caso, se entiende que la exigencia del respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad para el acceso a la función pública es lo que permite justificar la existencia de la figura del indefinido no fijo, que sólo adquiere sentido en el ámbito público y no en el terreno privado. Asimismo,

no se puede obviar que la figura del indefinido no fijo coloca al trabajador en una situación de desventaja, de mayor inestabilidad laboral porque sólo se mantiene en su puesto hasta que la plaza se cubra por el procedimiento reglamentario, extinguiéndose entonces su puesto de trabajo.

Sobre esta controvertida cuestión se ha pronunciado recientemente el TS⁹ en un supuesto en que se produce un cambio en la naturaleza del sujeto empleador, que pasa de tener naturaleza pública a tener naturaleza privada, en cuyo caso se plantea la duda sobre la pervivencia de la calificación como tal de los trabajadores indefinidos pero no fijos. Esta figura especial no es aplicable al sector privado, ni siquiera, tal y como ha precisado el TS, a las sociedades mercantiles, aunque sean de capital público, pues ni uno ni otras están obligados a cumplir con los principios constitucionales de acceso a la función pública. El TS entiende que es difícil sostener que los trabajadores de una sociedad de derecho privado pueden ser calificados como indefinidos no fijos, siendo ésta una calificación creada jurisprudencialmente para garantizar la situación de quienes prestan servicios para entidades públicas en un régimen legal que no se sujeta a una causa legal de temporalidad. Y es que el elemento justificativo de esta especial figura desaparece en el ámbito de las relaciones entre privados. Por ello, al modificarse la naturaleza del sujeto empleador, que adquiere naturaleza privada, los trabajadores indefinidos logran la condición de indefinidos sin más, lo que adquiere relevancia en el momento de la extinción de sus contratos, sin que puedan ser sustituidos (esto es, despedidos) por otros trabajadores alegándose que se cubre la plaza por el procedimiento reglamentario¹⁰.

La postura del TS sobre este asunto suscita algunas dudas sobre la adecuación de esta posición a las disposiciones normativas que se han analizado, sobre todo a lo dispuesto en la disposición adicional primera del EBEP que, aunque con ciertas dudas interpretativas, permite ampliar el ámbito en el que puede existir la figura del indefinido no fijo pudiendo abarcar incluso al sector de las

⁹ STS de 18 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5218) y STS de 18 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5219). En estas sentencias se analiza el despido de unos trabajadores indefinidos no fijos de AENA que fueron subrogados, como consecuencia de la reordenación del sector aeroportuario, por Aena Aeropuertos, SA.

¹⁰ En concreto, en los asuntos que resuelve el TS en las dos citadas sentencias del mes de septiembre, se niega la posibilidad de que los trabajadores indefinidos no fijos que pasan a adquirir la condición de indefinidos sin más puedan ser sustituidos siguiendo las normas que regulan el procedimiento para cubrir las vacantes, según las cuales se recluta a trabajadores de una bolsa de trabajo en la que no figuran los trabajadores despedidos.

entidades con forma jurídico privada. Y es que el Alto Tribunal parte de la exclusión de las sociedades mercantiles del ámbito de aplicación del EBEP que se describe en su art. 2. Sin embargo, como se ha expuesto, la disposición adicional primera de propio EBEP amplía la aplicación de los principios constitucionales de acceso a la función pública a *“otras entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el art. 2 del EBEP”*, sin que se concrete cuáles son estas otras entidades, por lo que no es tan evidente la exclusión de las sociedades mercantiles. Aún así, estas sentencias del TS hacen una interpretación restrictiva del ámbito en el que puede existir el indefinido no fijo, excluyendo a las sociedades de derecho privado, aunque con capital público. Dice el TS que *“se hace difícil sostener que los trabajadores de una sociedad de derecho privado puedan ser calificados como “indefinidos no fijos””* pues esta calificación fue creada para garantizar la situación de quienes prestan servicios para *“entidades públicas”* en un régimen de laboralidad que no se sujeta a una causa legal de temporalidad, sin que se profundice en la delimitación del concepto de *“entidades públicas”* que es, como se ha expuesto, lo esencial para solventar esta compleja cuestión. Sin embargo, a pesar de las dudas que ocasionan estos pronunciamientos judiciales, la posición del TS se ajusta a la lógica de las relaciones entre privados y, asimismo, ofrece una interpretación pro operario puesto que la consecuencia de la restricción del concepto de empleador del trabajador indefinido no fijo al producirse un cambio en la naturaleza jurídica de aquél es que se reduce el ámbito en el que puede existir esta figura, lo que se traduce en un incremento de la protección del empleo del trabajador al adquirir la condición de indefinido, sin más.

3. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO INDEFINIDO NO FIJO: COBERTURA Y AMORTIZACIÓN DE LA PLAZA

3.1. Cuestiones preliminares

Desde la creación jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo hasta la aprobación del EBEP, ningún texto normativo había hecho siquiera mención expresa a la existencia de una relación laboral indefinida, diferente de la fija, en el seno de la Administración Pública. Fue con el art. 8 del EBEP cuando, por vez primera, se incluye, entre los empleados públicos, al personal laboral; insistiéndose en el art. 11, como también lo hace el mismo art. 8, en que, en función de la duración del contrato, este personal puede ser fijo, por tiempo indefinido o temporal. Al margen del significado que tenga la distinción entre trabajadores fijos (sin más) y trabajadores indefinidos pero no fijos de plantilla –cuyo análisis se llevará a cabo más adelante cuando se aborde la relevancia de la

recepción legal de la figura del indefinido y su repercusión en la posible modificación del régimen jurídico de la extinción del contrato indefinido no fijo de la Administración Pública-, interesa dejar constancia de que el EBEP se ha limitado a considerar a los indefinidos (sin más adjetivos) como un tipo de empleado público, sin que se haya regulado su régimen jurídico.

Más específicamente, y según el art. 7 del EBEP, “*el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan*”, por lo que, en materia de extinción del contrato de trabajo, resulta de aplicación la legislación laboral, en concreto, los arts. 49 y ss. del ET. El contrato de trabajo del trabajador indefinido de la Administración Pública se extinguirá, pues, por las causas que se enumeran en el apartado 1 del art. 49 del ET, algunas de las cuales presentan ciertas especialidades en el ámbito de la Administración Pública, hasta el punto de que resultan de imposible aplicación. Pero sin que, entre estas causas de extinción del contrato de trabajo, se encuentren, al menos de forma expresa, ni la cobertura ni la amortización de la plaza del contrato indefinido no fijo de la Administración.

En concordancia con el objeto de este trabajo, se pueden clasificar las causas generales de extinción del contrato de trabajo diferenciando dos grupos¹¹. Por un lado, las causas generales de extinción del contrato de trabajo que sean de aplicación al contrato indefinido (y no fijo) de la Administración Pública, que, a su vez, se pueden subdividir en dos subgrupos: uno, integrado por aquellas causas de extinción del contrato de trabajo que pueden presentar alguna peculiaridad por la posible cobertura o encaje en alguna de ellas de los supuestos de provisión y amortización de la plaza del contratado indefinido (que son las del apartado b), extinción por las causas consignadas válidamente en el contrato; apartado i), despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; apartado k), despido del trabajador; y apartado l), por causas objetivas legalmente procedentes); y otro subgrupo compuesto por las

¹¹ Esta clasificación se adecua más a la finalidad perseguida en este trabajo, a pesar de que no coincida con la clásica agrupación de las causas de extinción del contrato trabajo, en virtud de la cual se pueden diferenciar tres grupos: causas ligadas a la voluntad unilateral de alguna de las partes del contrato de trabajo (empresario o trabajador), causas ligadas a la voluntad conjunta de las partes, y causas que tienen que ver con acontecimientos que afecten a una u otra de las partes del contrato y que impiden física o legalmente su continuidad. Vid. al respecto a Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos, 2014, pág. 781.

causas de extinción del contrato que no presentan ninguna especialidad ni relevancia a los efectos aclarar cómo actúan la provisión y amortización de la plaza del contrato indefinido no fijo (que son las del apartado a), por mutuo acuerdo entre las partes; apartado d), dimisión del trabajador; apartado e), muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador; apartado f), jubilación del trabajador; apartado h), fuerza mayor; apartado j), voluntad del trabajador, fundamentada en incumplimiento contractual del empresario; y, apartado m), decisión de la trabajadora víctima de violencia de género). El otro grupo de causas de extinción está conformado por las causas generales de extinción del contrato que no son aplicables al contrato indefinido no fijo de la Administración Pública por resultar incompatibles o de imposible aplicación, cuales son las de los apartados c) y g); esto es, por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato y por muerte, jubilación o incapacidad del empresario, respectivamente.

Pero, como se ha indicado, entre todas estas causas de extinción del contrato de trabajo no se contemplan, al menos de forma expresa, ni la cobertura de la plaza por procedimiento reglamentario ni la amortización de la misma en relación con los contratos indefinidos no fijos de la Administración Pública. Sin embargo, a pesar de ello, y siendo de aplicación a esta modalidad contractual el referido art. 49 del ET, la cuestión que surge estriba en determinar si la provisión y amortización de la plaza podrían subsumirse en algunas de las causas de extinción del contrato de trabajo que se han relacionado, debiendo determinarse, también, a partir de la respuesta que se dé a la cuestión anterior, cuál sería el procedimiento a seguir en cada caso para poner fin a la relación laboral indefinida no fija y, con ello, el nivel de protección del trabajador frente a la decisión extintiva que adopte la Administración Pública..

3.2. La cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario

3.2.1. La naturaleza jurídica del contrato indefinido no fijo y su influencia en la extinción del vínculo jurídico

Para determinar los efectos que produce la cobertura, por el procedimiento reglamentario, de la plaza de un contrato indefinido no fijo de la Administración, resulta imprescindible conocer la teoría de los Tribunales de Justicia, especialmente del TS, acerca de la naturaleza jurídica de esta modalidad contractual pues es, precisamente, en la creación de esta figura y en la naturaleza jurídica de la misma donde se aprecia la relevancia y la repercusión de la cobertura de la plaza en el vínculo jurídico entre el trabajador y la Administración Pública.

Como ya se ha dicho, en el año 1996 la jurisprudencia del TS creó la singular figura del trabajador indefinido no fijo, en el contexto de lo que se ha denominado como “laboralización” de la Función Pública, y como consecuencia de la proliferación de numerosos y sucesivos contratos laborales de carácter temporal, suscritos de forma irregular e, incluso, en ocasiones en fraude de ley, por las distintas Administraciones Públicas, con la finalidad de cubrir puestos de trabajo destinados a personal funcional.

Partiendo de la posibilidad de que parte de las relaciones de empleo establecidas entre las Administraciones Públicas y el personal por cuenta y bajo la dependencia de aquéllas sean reguladas por la normativa laboral, se suscitó la duda de si esta normativa se aplicaba en su totalidad a estas relaciones de empleo, o si, por el contrario, existían, y existen, desde la perspectiva constitucional, principios que puedan condicionar o modular su plena aplicación práctica. Si bien la jurisprudencia ha afirmado que, cuando la Administración actúa como empresario, queda sometida al ordenamiento jurídico encargado de regular esa prestación de servicios¹², esto es, la normativa social que sea aplicable, lo cierto es que las especialidades derivadas de su carácter público plantean serias dificultades para la aplicación de dichas reglas, pues se trata de un empleador simultáneamente sometido al Derecho del Trabajo y al Derecho Administrativo. Las fricciones entre las lógicas y los principios de estos dos sectores del ordenamiento jurídico se dejan notar de forma muy especial en los supuestos de utilización irregular o en fraude de ley de los contratos de trabajo de duración determinada puesto que, en virtud de la aplicación de las reglas del ordenamiento laboral, se produciría la conversión del contrato en contrato indefinido (art. 15, apartados 3 y 5 del ET), pero, a la vez, dicha conversión puede entrar en contradicción con las exigencias que derivan de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público¹³. No solucio-

¹² Entre otras, la STS de 6 de mayo de 1992 (RJ 1992/3516), la STS de 10 de marzo de 1999 (RJ 1999/2124) y STS de 11 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7622).

¹³ Sobre la necesidad de mantener una interpretación integradora del ordenamiento laboral y el administrativo, de gran dificultad porque concurren objetivos y principios distintos, incluso contradictorios, Rodríguez Escanciano, S.: “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”. *Aranzadi Social*, número 12, 2010. pág. 35; De Soto Rioja, S., *La reestructuración del empleo en el sector público*, Universidad de Huelva, 2012, en especial, págs. 31 y ss; tb. “Los despidos colectivos en el ámbito del sector público: balance de aplicación tras casi tres años de su reforma”, 3ª Ponencia sobre *Reestructuraciones en las Administraciones Públicas* de las XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla, 27 y 28 de noviembre de 2014; Boltaina Bosch, J.: “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración

nando tampoco el problema la declaración de nulidad del contrato ya que de ello se deriva un beneficio inaceptable para el sujeto infractor¹⁴, que, contrariamente a la máxima jurídica, acaba beneficiándose de su propia torpeza.

En las respuestas dadas por el TS al plantearse la ilicitud y efectos consiguientes en los supuestos de utilización irregular o fraudulenta de los contratos de duración determinada, se pueden diferenciar varias fases en la fluctuante evolución de la posición del Alto Tribunal¹⁵: una primera etapa en la que el TS afirma la prevalencia de los principios constitucionales sobre la presunción de estabilidad¹⁶; una segunda etapa, en la que el TS considera que la Administración Pública está sujeta al art. 15.5 del ET, pues, si no, se iría en contra del mandato del art. 9.1 de la CE (que sujeta, no sólo a los ciudadanos sino también a los poderes públicos, a la propia CE y al resto del ordenamiento jurídico) y, en consecuencia, declara la fijeza del trabajador contratado sucesivamente de forma irregular o fraudulenta¹⁷. Y, finalmente, una etapa, de la que es expresión central la STS de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996/7497), la cual, tras recordar su propia doctrina en virtud de la cual las Administraciones Públicas están plenamente sometidas a los límites que la legislación laboral establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisi-

Pública”. Aranzadi Social, Volumen V, 2002, pág. 531; Sempere Navarro, A.V. y Quintanilla Navarro, R.Y.: “El personal laboral del sector público”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Volumen V, 2007, pág. 994; López Insua, B.M.: “Reestructuración de plantillas laborales en las Administraciones Públicas: interinos e indefinidos no fijos”. Comunicación a la 3ª Ponencia, cit., pág. 2; y Romero Burillo, A.M.: “Los efectos de la amortización del puesto de trabajo ocupado por un trabajador indefinido no fijo de plantilla”. Comunicación a la 3ª Ponencia, cit., págs. 1y 2.

¹⁴ Sobre esta cuestión puede verse a Rodríguez Escanciano, S.: “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”. *Aranzadi Social*, número 42, 2010, pág. 35 y Selma Penalva, A.: “El trabajador “indefinido no fijo” en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura”. *Relaciones Laborales*, número 11, 2014, versión digital, págs. 18 y 19.

¹⁵ Un análisis exhaustivo de las distintas fases de la evolución de esta cuestión puede verse en Boltaina Bosch, J.: “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos...”, op. cit., págs. 532 y ss; en Nicolás Bernad, J.A.: “La contratación laboral temporal irregular en la administración pública: evolución jurisprudencial”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 2, 2000; y Moreno Burillo, A.M.: “El régimen extintivo del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla”. *Actualidad Laboral*, número 6, 2014, versión digital, págs. 3 y 4.

¹⁶ En este sentido, entre otras, la STS de 21 de diciembre de 1984 (RJ 1994/6719), la STS de 20 de octubre de 1986 (RJ 1986/1598), la STS de 11 de marzo de 1987 (RJ 1987/1385), la STS de 28 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8900) y STS de 15 de junio de 1989 (RJ 1989/4587).

¹⁷ STS de 6 de mayo de 1992 (RJ 1992/3516).

ción de fijeza, matiza el alcance de dicha afirmación en los siguientes términos: *“la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido”*¹⁸.

Es precisamente en esta última Sentencia donde aparece la distinción entre trabajadores fijos (que son los que han superado las pruebas pertinentes de selección) y los trabajadores indefinidos (que son los que así se califican por haber sufrido irregularidades en su contratación). En efecto, en palabras del TS, *“el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijo de plantilla incompatible con las normas legales sobre reclutamiento de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de éstas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza con una adscripción definitiva del puesto ocupado; antes al contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida ésta en la forma legalmente procedente, existirá causa lícita para extinguir el vínculo”*¹⁹.

La creación jurisprudencial de la figura del contrato indefinido no fijo de la Administración Pública hace posible diferenciar dicha modalidad contractual del contrato de trabajo fijo en el ámbito del empleo público. Éste adquiere la nota de fijeza por haber superado el trabajador las pruebas de selección conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad; sin embargo, el contrato indefinido no fijo tan sólo se mantendrá mientras no se cubra la plaza por el procedimiento reglamentario, constituyendo una obligación de la Administración la adopción de las medidas necesarias para proceder a dicha cobertura. Es cierto que esta modalidad contractual presenta un carácter especial en cuanto a su duración pues, aunque no está sometida a plazo concreto ni a duración determinada, su

¹⁸ Ésta es la doctrina que, con carácter general, ha venido siguiendo el TS. Vid., entre otras, las SSTs de 20 (RJ 1998/1000) y 21 de noviembre de 1998 (RJ 1998/1138), la STS de 27 de marzo de 2000 (RJ 2000/3122), la STS de 14 de marzo de 2002 (RJ 2002/5205).

¹⁹ En este sentido, se pueden ver, entre otras, la STS de 10 de octubre de 1996 (RJ 1996/9139), la STS de 20 de marzo de 1997 (RJ 1997/2598) y las SSTs de 20 (RJ 1998/1000) y 21 de noviembre de 1998 (RJ 1998/1138).

mantenimiento pende del cumplimiento de una condición cual es la provisión de la plaza. De manera que la duración de este tipo especial de contrato de trabajo no puede equipararse a la fijeza del contrato fijo puesto que ello sería contrario a los mencionados principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad por tratarse de trabajadores que no han superado los procesos y pruebas exigibles para el acceso a la Función Pública.

De esta forma, según el TS, desde el momento en que una sentencia judicial firme aplica a un contrato de trabajo esta doctrina, se está cumpliendo lo previsto en el art. 9 del ET, a saber, la declaración de nulidad parcial del contrato aparentemente temporal por contrario al art. 15 del ET, pero supliendo dicha cláusula al introducir una nueva causa de extinción del contrato, cual es la ocupación de la plaza por el procedimiento reglamentario que cumpla los preceptos legales y respete los principios constitucionales al respecto de la provisión de plazas en el empleo público. En consecuencia, aunque se declare contraria a Derecho la causa de temporalidad pactada conforme al art. 49.1 c) del ET y se reconozca la relación como indefinida, ésta queda sometida a una condición resolutoria: la provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura. El cumplimiento de dicha condición determina la extinción del contrato de trabajo mediante la correspondiente denuncia del empleador público, sin que sea preciso recurrir a las modalidades de despido que contemplan los arts. 51 y 52 del ET²⁰. Ésta es, precisamente, la posición mantenida por el TS, que se manifiesta en la STS de 22 de julio de 2013 (RJ 2013/7657), y se reitera, entre otras, en la STS de 14 de octubre de 2013 (RJ 2013/8000), en la STS de 15 de octubre de 2013 (RJ 2013/7999), en la STS de 23 de octubre de 2013 (JUR 2014/14236), en la STS 25 de noviembre de 2013 (JUR 2013/381783), en la STS de 21 de enero de 2014 (RJ 2014/530) y en la STS de 11 de febrero de 2014 (RJ 2014/913).

Es, pues, al establecer la distinción entre el trabajador fijo de plantilla y el trabajador indefinido (pero no fijo), donde el TS entiende que el contrato temporal ilícito se prolonga en el sector público hasta la cobertura de la vacante, sin que ello implique, por consiguiente, la adquisición por el trabajador de la fijeza mediante la adscripción definitiva al puesto ocupado. Las tensiones entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo desembocan así en una aplicación matizada del art. 15 del ET puesto que el contrato temporal ilegal se

²⁰ STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002/9893), reiterada por otras posteriores, entre ellas, la STS de 26 de junio de 2003 (RJ 2003/4259).

prolonga sólo hasta la cobertura de la vacante correspondiente, produciéndose claramente una equiparación entre el contrato indefinido no fijo y el contrato de interinidad por vacante en las Administraciones Públicas. A tenor de esta doctrina el TS concluye, pues, que la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario actúa como forma de poner fin a la situación de indefinición temporal del contrato de trabajo, operando, por tanto, como una causa justa y legal para proceder a la extinción del vínculo jurídico, a pesar de que no aparezca, al menos de forma expresa, entre las causas que se relacionan en el art. 49 del ET, siendo un motivo de extinción del contrato de trabajo que se subsume en el apartado b) de dicho precepto (extinción por causas consignadas válidamente en el contrato) y no entre las posibles causas de extinción del contrato de trabajo por despido, ni objetivo ni colectivo.

Recientemente, la STS de 24 de junio de 2014 (RJ 2014/4380) ha recalificado la naturaleza de los contratos de interinidad por vacantes (a los que se equipara, como se ha expuesto, los indefinidos no fijos a los efectos de determinar los efectos de la cobertura de la plaza), considerando que son contratos temporales sujetos al cumplimiento del término pactado: la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada interinamente. Se trata de una obligación sujeta a un término pactado que necesariamente llegará y no una obligación sujeta a condición resolutoria. Como se expone más adelante, esta recalificación del contrato de interinidad por vacante acarrea una rectificación de la doctrina del TS acerca de la actuación de la amortización de la plaza en los contratos de interinidad por vacante y, por ende, de los indefinidos no fijos, si bien el TS no se pronuncia sobre su repercusión en la consideración de la cobertura de la plaza por el proceso de selección. Pero se puede entender que no afecta a la posición que venía manteniendo en relación con la cobertura de la plaza del indefinido no fijo puesto que los argumentos para justificar su cambio de doctrina en la actuación de la amortización de la plaza (que luego se exponen y que se centran en el daño que sufre el trabajador por ver su contrato extinguido antes de tiempo) no resultan de aplicación al supuesto de cobertura de la vacante. De esta forma, ya se trate de un contrato sometido a condición resolutoria o, en su caso, a término indeterminado, la cobertura de la plaza por el procedimiento establecido es la causa natural, además de justa y legal, que, desde el propio nacimiento del contrato, pone fin al contrato de trabajo del indefinido no fijo, sin que se entienda que se produzca un daño en las expectativas del trabajador que pudiera justificar el abono de una indemnización, a diferencia de lo que sucede cuando el contrato se amortiza antes de que se cumpla la condición o, en su caso, el término pactado.

3.2.2. Repercusión del EBEP en el régimen jurídico del contrato indefinido no fijo

En relación con la materia objeto de estudio, ha de plantearse si el EBEP ha tenido alguna repercusión a los efectos de determinar el régimen jurídico de la extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura de la plaza. Como se ha dicho, el EBEP distingue, entre los empleados públicos, al personal laboral, ya sea fijo, indefinido o temporal, surgiendo la duda acerca de si la distinción que hace el legislador entre el trabajador fijo y el trabajador indefinido responde a la misma concepción y razón de ser del indefinido no fijo de creación jurisprudencial y a su diferencia con respecto al trabajador fijo. Es decir, se plantea la cuestión de si el EBEP se ha limitado a incorporar al ordenamiento jurídico la figura del trabajador indefinido no fijo creada por el TS o si, por el contrario, la modalidad del contrato de trabajo indefinido incluye también a otros colectivos, diferentes de aquéllos que han sido sujetos de un uso inadecuado e irregular de la contratación temporal en la Administración Pública; y, si es así, cuál sería su régimen jurídico. E incluso, surge la duda sobre si el legislador ni siquiera ha querido incorporar la figura del trabajador indefinido no fijo, diferenciando la condición de indefinido de la de indefinido no fijo.

En este último sentido, se pronuncia precisamente el TS en su sentencia de 22 de julio de 2013. Según se expone en su fundamento jurídico sexto, la distinción entre indefinido y fijo de los arts. 8 y 11 del EBEP en el marco del empleo público no tiene ninguna consecuencia ni relevancia a los efectos de determinar cómo actúa la cobertura (o, en su caso, la amortización, como en el caso que enjuicia el TS) de la plaza del contrato indefinido no fijo, entendiendo que hay que diferenciar el contrato indefinido del contrato indefinido no fijo, al que le resultan de aplicación las reglas propias de esta figura de creación jurisprudencial, sobre las que no incide el EBEP. Y es que la incorporación de la referencia de los indefinidos en el EBEP no ha tenido por objeto recoger la figura del indefinido no fijo delimitada por la jurisprudencia, ni crear con carácter general un “*tercium genus*” entre fijos y temporales. Es más, el TS recuerda que la inclusión de los indefinidos responde a una enmienda presentada durante la tramitación parlamentaria de la ley para referirse a los profesores de religión, que no son temporales, pero tampoco fijos. A partir de ahí, el TS concluye que la figura del indefinido no fijo no ha desaparecido en el EBEP para convertirse en indefinido sin más, de manera que sigue caracterizándose por ser consecuencia de las irregularidades producidas en una previa contratación temporal, por lo que sigue extinguiéndose por cobertura de la vacante, sin que la Administración Pública pueda contratar directamente a trabajadores indefinidos, salvo en el caso de los

profesores de religión. Por su parte, son sólo trabajadores fijos, sin más, los contratados a través de los sistemas legales de selección. De forma que se puede afirmar que la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario actúa en idénticos términos y produce los mismos efectos antes y después de la aprobación del EBEP ya que la provisión de la plaza responde a la propia naturaleza del vínculo que une al trabajador indefinido no fijo con la Administración, pues así fue creada esta modalidad contractual por el TS y, por ello, actúa como una causa propia, específica de esta figura contractual, independiente de los arts. 51 y 52 del ET.

Lo cierto es que, sin embargo, al margen de la más que discutible referencia exclusiva y específica a los profesores de religión en la inclusión de los indefinidos entre los empleados públicos (puesto que la ley no menciona a dicho colectivo y, por tanto, no se debe entender que se limita al mismo la referencia a los trabajadores indefinidos²¹), dicha figura incluye la peculiar modalidad del indefinido no fijo de la Administración Pública a la que el EBEP ha dado cobertura legal²². Y es precisamente, a partir de esta afirmación, cuando surgen dos cuestiones de relevancia: por un lado, quiénes son los trabajadores indefinidos, esto es, si se equiparan a los trabajadores indefinidos no fijos de creación jurisprudencial o si, por el contrario, se incluyen, además, otros colectivos, en cuyo caso habría que concretar quiénes son; y, por otro lado, cuál es su régimen jurídico y, en concreto, cuál es el régimen jurídico de la extinción del contrato indefinido y cómo actúa al respecto la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones planteadas, esto es, la delimitación de quiénes son los trabajadores indefinidos tras la aprobación del EBEP, se ha de partir de la falta de precisión al respecto en el dicho texto legal.

²¹ En este sentido, se pronuncia el voto particular a la STS de 22 de julio de 2013, según el cual, *“ciertamente, el término “indefinido” no figuraba en el Proyecto del EBEP y fue introducido en la forma referenciada con la intención de atender la particular situación del profesorado de religión. Ahora bien, no es menos cierto, que en la ley finalmente promulgada la expresión –“por tiempo indefinido”- añadida no encuentra el límite de la dimensión del colectivo al que se quiso referir, siendo significativo –como ha destacado la doctrina científica- que finalmente el EBEP no se haya referido a dicho colectivo”*.

²² Vid. al respecto a Lopez Benítez, M., Cantero Martínez, J. y Puerta Seguido, F.: “Estructura de empleo público y clases de empleados públicos”, en VV.AA., *Manual de Empleo Público*. Iustel, 2009, pág. 162.

En efecto, el EBEP no contiene una definición del trabajador indefinido ni especifica sus rasgos característicos ni la diferencia con respecto al trabajador fijo (términos que, en el Derecho el Trabajo, se utilizan indistintamente). Como se ha visto, la distinción entre el fijo y el indefinido (no fijo) tiene sentido sólo si se atiende a la especial naturaleza del vínculo jurídico de éste último, que se extingue con la cobertura de la plaza.

Ahora bien, a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional 15^a.1 del ET, se puede entender que existe otro colectivo de trabajadores que adquiere la condición de indefinido pero no necesariamente en supuestos de contratación temporal irregular y fraudulenta, sino en los casos de uso del contrato temporal para la realización de una obra o servicio determinados y en los casos en los que resulte de aplicación el art. 15.5 del ET sobre límites al encadenamiento de contratos, que surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos. En estos supuestos, lo dispuesto en el art. 15.1 a) y 5 del ET (adquisición de la condición de trabajador fijo) se aplica en el seno de la Administración Pública, pero con una matización: debida, precisamente, a la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, la aplicación del art. 15 del ET no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios. Por ello, según la disposición adicional 15^a, apartado 1, del ET, *“el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos ordinarios, momento en que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”*.

De esta forma, la figura del trabajador fijo a la que se refiere el art. 15.5 del ET realmente se traduce en el ámbito del empleo público y siguiendo la terminología del TS, en la condición de indefinido (pero sin adquisición de la condición de fijo) puesto que, precisamente, la mencionada disposición adicional del ET diferencia también, aunque no lo haga de forma expresa, entre la figura del trabajador fijo (que es el que accede al empleo público superando el correspondiente proceso selectivo) del trabajador indefinido (que es el que continúa desempeñando el puesto de trabajo hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos correspondientes). Así pues, se puede entender que el trabajador indefinido, distinto del trabajador fijo, que se contempla en los arts. 8 y 11 del EBEP se caracteriza por su consideración como tal por aplicación de los límites al encadenamiento de los contratos temporales, en virtud de la disposición adicional 15^a del ET, y, asimismo, por aplicación de la doctrina del TS en los supuestos de uso irregular y fraudulento

de la contratación laboral por parte de la Administración Pública, ampliándose así el colectivo de trabajadores considerados indefinidos (pero no fijos)²³.

Por otro lado, en relación con la determinación del régimen aplicable a los trabajadores indefinidos tras la aprobación del EBEP, también se debe partir del silencio que guarda al respecto dicho estatuto²⁴, pues se limita a diferenciar, entre los empleados públicos, al personal laboral, ya sea fijo, indefinido o temporal; pero sin que se regule el régimen jurídico de los trabajadores indefinidos ni, en concreto, el régimen jurídico de la extinción de esta modalidad contractual. Por ello, en virtud del art. 7 del EBEP, resulta de aplicación el art. 49 del ET, cuyo apartado 1 contempla las causas de extinción del contrato de trabajo, pero sin que, como ya se dijo, entre ellas se mencione, al menos de forma expresa, la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario. Sin perjuicio de que, a tenor de la doctrina del TS, esta forma de finalización del vínculo jurídico encaje y se subsuma en el apartado b) del art. 49.1 del ET. Por su parte, en cuanto a los trabajadores indefinidos no fijos por aplicación de la disposición adicional 15ª.1 del ET, ahora sí de forma expresa, dicha disposición prevé que la extinción de la relación laboral se produce cuando se proceda a su cobertura por los procedimientos ordinarios, en cuyo caso ni siquiera resulta necesario acudir a la regulación contemplada en el EBEP ni, por remisión de éste, al ET.

Así pues, se puede concluir que la aprobación del EBEP no ha tenido ninguna repercusión a la hora de determinar cómo opera la cobertura de la plaza en los contratos indefinidos (pero no fijos) –ya sean los de creación jurisprudencial

²³ Entre los supuestos de uso irregular y fraudulento se encuentran los supuestos de prestación laboral de servicios encubierta bajo la forma de un falso autónomo (declarado como tal por la jurisdicción laboral) y las situaciones en las que el ente público haya participado en un fenómeno de cesión ilegal de trabajadores como receptor de mano de obra. Todos estos supuestos son identificados y enumerados por Selma Penalva, A.: “El trabajador “indefinido no fijo” en la Administración Pública...”, op. cit., pág. 2.

²⁴ En este sentido, la doctrina ha criticado que el EBEP no entrara a regular uno de los “puntos más vidriosos y polémicos en la anterior jurisprudencia aplicativa de la legislación laboral común al personal laboral de las Administraciones Públicas, como es el de las consecuencias jurídicas de la contratación temporal irregular...”, habiendo “pasado por encima sin decir absolutamente nada, abandonando una vez más la difícil cuestión a la interpretación y aplicación jurisprudencial”. En estos términos se pronuncia Sala Franco, T.: “El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Editorial Lex Nova, 2007, págs. 121 y 122.

dencial, ya sean los contemplados en la disposición adicional 15ª.1 del ET-; pero ello no porque, según entiende el TS, el EBEP no ha querido incorporar la figura del trabajador indefinido no fijo –que se entiende que sí-, sino porque tras la cobertura legal de dicha figura y por la actual redacción de la disposición adicional 15ª.1 del ET, la provisión de la plaza sigue operando como causa de extinción del contrato de trabajo en los mismos términos que actuaba antes. Sigue siendo aplicable, pues, la doctrina del TS sobre la naturaleza jurídica de esta peculiar figura que, precisamente, encuentra en su forma de finalización por cobertura de la plaza su mayor especialidad.

Y es que no tiene sentido hablar de otros trabajadores indefinidos (sin más) diferentes de los trabajadores indefinidos no fijos y de los trabajadores fijos puesto que la peculiaridad del indefinido (de ahí su mención expresa y diferenciada respecto del trabajador fijo) reside en la divergencia que presenta con los trabajadores fijos de la Administración Pública que, por haber superado los procedimientos ordinarios, mantienen su vinculación con la misma; mientras que el trabajador indefinido (no fijo) sólo se mantiene en el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos oportunos. Éste no puede considerarse a sí mismo como el legítimo ocupante fijo de una plaza de empleo público, máxime, aunque no sólo, si la plaza que de hecho venga ocupando, o bien ni siquiera ha sido creada formalmente, o bien no se ha incorporado a la oferta pública, o bien se ha cubierto sin sujeción a los cauces regulares de provisión de puestos de trabajo²⁵. Sólo así tiene sentido diferenciar entre el trabajador fijo y el indefinido en el empleo público y, por ello, se puede concluir que, incluso tras el reconocimiento legal de la figura del indefinido en el EBEP, la cobertura de la plaza actúa como causa de finalización del contrato de trabajo indefinido en los mismos términos que opera dicha causa a tenor de la doctrina del TS. La cobertura de la plaza responde, pues, a la propia naturaleza del vínculo jurídico existente entre la Administración Pública y el trabajador, actuando como una causa propia y diferente de las causas de extinción establecidas en los arts. 51 y 52 del ET.

²⁵ En estos términos se pronuncia Matorras Díaz-Caneja, A.: “Clasificación y características de las diversas categorías de empleados públicos en la Ley 7/2007”, en VV.AA., *El Estatuto Jurídico del Empleado Público. Estudio particular de algunos aspectos críticos del personal laboral*. Dykinson, SL, 2009, pág. 169.

3.3. La amortización de la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo

La otra causa posible de extinción del contrato de trabajo del trabajador indefinido no fijo es la relativa a la amortización de la plaza que dicho trabajador ocupa. Al abordarla, se suscitan nuevamente dos cuestiones: por un lado, cómo actúa y qué efectos produce la amortización de la plaza en relación con esta modalidad contractual y, por otro, qué repercusión ha podido tener al respecto la aprobación del EBEP y, sobre todo, la introducción de la disposición adicional 20ª del ET por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

3.3.1. Actuación y efectos de la amortización de la plaza

Respecto de los efectos que produce la amortización de la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo, son dos las posibles opciones que se pueden barajar.

Por un lado, que la amortización del puesto de trabajo no actúe como una causa de finalización del contrato de trabajo, de manera que al trabajador se le asigne un nuevo puesto de trabajo, manteniéndose la vinculación con la Administración, al entenderse que sólo la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario –y no su supresión– extingue el vínculo jurídico entre el trabajador y la Administración, al margen, por supuesto, de la concurrencia de cualquier otra causa de extinción del contrato de trabajo de las previstas en el art. 49 ET .

Y, por otro lado, que la supresión de la plaza sí opere como una causa de extinción del contrato de trabajo, en cuyo caso, al analizar su régimen jurídico, se han de diferenciar, a su vez, dos posibles interpretaciones: o bien que la amortización de la plaza tenga unos efectos idénticos a la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario²⁶ que, aunque no se contemple como tal causa de extinción del contrato de trabajo en el art. 49.1 del ET, pueda subsumirse en el apartado b) del mencionado precepto, siguiendo la posición mantenida por el TS

²⁶ En la doctrina se mantienen ambas posturas, sin que se trate de una cuestión pacífica. A favor de la equiparación entre la cobertura de la plaza y la amortización del puesto de trabajo se puede ver, entre otros, a Rodríguez Escanciano, S.: “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración...”, op. cit., págs. 37 y 41 y a Boltaina Bosch, J.: “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijo...”, op. cit., pág. 547.

hasta la STS de 24 de junio de 2014; o bien que la supresión del puesto de trabajo actúe como una causa de despido que encaje en el art. 52 c) del ET o, en su caso, en el art. 51 del mismo texto legal, en cuyo caso tendrían que concurrir causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen la amortización del puesto de trabajo que venía ocupando el trabajador indefinido no fijo. Ésta segunda es la posición actual del TS, que es objeto de análisis detenido en el siguiente apartado. La opción por una u otra interpretación adquiere especial relevancia, no sólo porque el procedimiento a seguir en uno y otro caso es diferente, sino, sobre todo, por el distinto nivel de protección que recibe el trabajador al extinguirse su contrato de trabajo.

Como se ha anticipado, esta compleja cuestión ha sido resuelta recientemente, en unificación de doctrina, por el TS que, al analizar cómo opera la amortización de unos contratos interinos por vacante, ha rectificado su anterior posición (aplicable también a los indefinidos no fijos), según la cual consideraba de aplicación su propia doctrina sobre los efectos de la cobertura de la plaza en relación con esta modalidad contractual²⁷. En efecto, según el TS, dicha doctrina no se limitaba a la causa consistente en la cobertura reglamentaria de la vacante sino que también había de aplicarse a los supuestos en que el puesto desempeñado desaparece por amortización puesto que, en tal caso, *“ya no podrá cumplirse la provisión reglamentaria y habrá desaparecido también el supuesto de hecho que justifica esa modalidad contractual –la existencia de un puesto de trabajo que se desempeña de forma en realidad interina hasta su cobertura reglamentaria–”*. Se trataba así de un supuesto de aplicación del art. 1.117 del Código Civil (*“la condición de que ocurra algún suceso en un tiempo determinado extinguirá la obligación desde que (...) fuera ya indudable que el acontecimiento no tendrá lugar”*) y del art. 49.1,b) del ET (cumplimiento de la condición a que ha quedado sometido el contrato ope legis). Para fundamentar esta opción interpretativa, el TS recurría a un doble argumento.

Por un lado, el TS partía de las indudables analogías entre el contrato indefinido no fijo y el contrato de interinidad por vacante en las Administraciones Públicas pues la justificación de la existencia de uno y otro responde a la misma causa y necesidad²⁸, de manera que *“la posición de aquellos trabajadores al servicio de la Administración, cuyo contrato sea declarado indefinido no fijo*

²⁷ STS de 22 de julio de 2013 (RJ 2013/7657).

²⁸ STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002/9893).

por sentencia firme, es idéntica a la de aquellos otros que cubren una plaza con contrato de interinidad”²⁹.

El TS había manifestado de forma reiterada que en el contrato de interinidad por vacante suscrito en el ámbito de las Administraciones Públicas la extinción podía acordarse directamente por la amortización de la plaza cubierta, sin necesidad de acudir a la vía que establece el art. 52 c) del ET. De manera que, aunque las partes hubieran pactado que la duración del contrato quedaba condicionada a la provisión de la vacante mediante la designación del trabajador con carácter de fijo, *“es obvio que la vigencia de la relación está vinculada al mantenimiento de la plaza que ha de cubrirse, por lo que cuando ésta se amortiza el contrato se extingue”*; lo que responde *“a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad en cuanto referida al desempeño, con carácter de provisionalidad, de un puesto de trabajo”*³⁰. Así pues, el contrato de interinidad se extinguía no sólo al ocuparse la plaza por el titular sino también por la supresión de la misma ocupada por el interino, pues el pacto de los contratos de interinidad había de entenderse sujeto a la condición subyacente de la pervivencia del puesto de trabajo. Entenderlo de otro modo *“llevaría a conclusiones absurdas, ya que supondría la transformación del hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido pues el cese del interino sólo se produce por la incorporación del titular, lo que en principio no procede al suprimirse la plaza, o bien significaría la vinculación de la Administración a proveer una plaza que estima innecesaria, puesto que la ha suprimido”*. Por ello, se entendía que los contratos de interinidad no limitaban ni eliminaban las facultades de la Administración sobre modificación o supresión de puestos de trabajo, y que la supresión de la plaza era causa justa de la finalización del contrato temporal de interinidad³¹.

Estas consideraciones, según el TS, eran aplicables a los contratos indefinidos no fijos, puesto que se trata de contratos sometidos a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y, por tanto, cuando por amortización de ésta no podía realizarse tal provisión, el contrato se extinguía de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1 b) del ET y en el art. 1.117 del

²⁹ STS de 20 de julio de 2007 (RJ 2007/7600) y STS de 19 de febrero de 2009 (RJ 2009/1594).

³⁰ STS de 8 de junio de 2011 (RJ 2001/5937), que cita la STS de 9 de junio de 1997 (RJ 1997/4690), la STS de 27 de marzo de 2000 (RJ 2000/3122) y la STS de 27 de febrero de 2013 (RJ 2013/4349).

³¹ STS de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012/8521).

Código Civil pues, desde el momento en que la plaza desaparece, es claro que ya no podrá realizarse su provisión reglamentaria y el contrato indefinido no fijo, que incorpora esa condición, se extinguía³². De esta forma, según la anterior doctrina del TS, no operaba el art. 52 del ET porque, dada la naturaleza del contrato, el hecho determinante de la amortización no actuaba de forma indirecta configurando la existencia de una causa económica, presupuestaria y organizativa para el despido, sino que operaba *”de manera directa sobre la propia vigencia del vínculo, determinando el cumplimiento anticipado de la condición a la que aquél estaba sometido, al impedir la amortización de la plaza su cobertura reglamentaria”* (STS de 22 de julio de 2013).

Por otra parte, el TS se basaba en la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, que aplica el acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, entendiendo que no se vulneraba dicha directiva, en concreto, ni la cláusula cuarta ni la cláusula quinta, al considerar la amortización de la vacante desempeñada en un contrato indefinido o fijo como una causa de extinción sometida al régimen del art. 49.1 b) del ET. Por lo que respecta a la cláusula cuarta³³, entendía el TS que las condiciones relativas a la extinción del contrato de trabajo han de ser distintas para los contratos de duración determinada de las que rigen para los contratos fijos, por lo que no podía compararse el régimen indemnizatorio aplicable a los despidos económicos con el que se establece para las extinciones por cumplimiento del término o la condición resolutoria. Sobre esta cuestión se profundizará en el siguiente epígrafe. En cuanto a la cláusula quinta³⁴, el TS estimaba que el contrato indefinido no puede incluirse en el

³² Se invoca, así, una técnica civilista *“que potencia la discrecionalidad extintiva (...dejando) un gran poder de auto-organización, y sin indemnización”*. En estos términos se pronuncia Molina Navarrete, C.: *“Reforma laboral y amortización de la plaza del indefinido no fijo: ¿”cesantía” o “despido objetivo”?* *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 9, versión digital, 2014, pág. 2.

³³ La cláusula cuarta establece que *“por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada en una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”*.

³⁴ Según esta cláusula quinta, los Estados miembros tienen obligación de establecer determinadas medidas para prevenir abusos que puedan producirse como consecuencia de la utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, debiendo adoptar algunas de las medidas siguientes: establecimiento de razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; establecimiento de la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; y establecimiento del número de renovaciones posibles de tales contratos o relaciones.

ámbito de dicha cláusula porque no se trata de un supuesto de utilización abusiva de vínculos sucesivos de duración determinada, siendo, precisamente, el medio de prevención y de reacción contra la utilización abusiva de los contratos temporales en las Administraciones Públicas. Si bien, por exigencias constitucionales, ha de mantenerse la necesidad de que la plaza sea objeto de convocatoria pública para garantizar su cobertura en términos de igualdad, mérito y publicidad. Así pues, concluía el TS, el contrato indefinido no fijo pone fin a la sucesión de contratos temporales mediante la consolidación estable de una situación, que sólo terminará con la cobertura o la amortización de la vacante, cumpliéndose así los principios de equivalencia (la medida se aplica a todas la situaciones similares y tiene la justificación objetiva del respeto a las garantías de acceso al empleo público) y efectividad (pues cumple todas la exigencias de la cláusula quinta, esto es, razón objetiva, duración máxima y exclusión de las renovaciones).

3.3.2. La repercusión del EBEP y de la disposición adicional 20ª del ET en la determinación de los efectos de la amortización de la plaza

La descrita en el apartado anterior era la postura que mantenía el TS hasta la STS de 24 de junio de 2014. Sin embargo, cabe otra posible opción interpretativa que ya se dejó planteada, cual es la de entender que la amortización de la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo actúe como una causa de despido que quede enmarcada en el art. 52 c) o, en su caso, en el art. 51 del ET, a cuyo fin es interesante acudir al EBEP y a la disposición adicional 20ª del ET. Si bien, la defensa de esta otra tesis ha de partir de diferenciar la figura del contrato indefinido no fijo de la del contrato de interinidad por vacante³⁵. Éste se regula en el art. 4 del Real Decreto 2720/1998, que desarrolla el art. 15 del ET, admitiéndose su aplicación para todas las Administraciones Públicas por el Real Decreto 2546/1994. Esta modalidad contractual temporal se circunscribe a la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva y está sujeto a la exigencia de identificación del puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se ha de producir mediante el proceso de selección o promoción³⁶. Su duración coincide con la del tiempo del proceso de selección o promoción, según lo dispuesto en cada caso por la

³⁵ En esta línea se sitúa el voto particular de la STS de 22 de julio de 2013.

³⁶ STS de 20 de junio de 2000 (RJ 2000/5961) y SSTS de 21 de marzo de 2005 (RJ 2005/3513) y de 29 de junio de 2005 (RJ 2005/8808).

normativa correspondiente. Por el contrario, si bien los trabajadores indefinidos pueden ser cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza, vienen prestando servicios sin causa de temporalidad alguna, sin vinculación directa con vacante concreta, por lo que no existe equiparación absoluta entre esta modalidad contractual y el contrato interino por vacante.

La diferencia entre la figura del contrato indefinido y el contrato interino por vacante se desprende asimismo del propio EBEP pues, al regular la relación jurídica laboral en las Administraciones Públicas, acepta cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral (art. 11.1 del EBEP). Se aceptan, pues, tanto los contratos de duración indefinida, como los de duración determinada, si bien éstos últimos están sometidos a la causalidad que rige en la contratación temporal laboral ordinaria, a la que el propio EBEP se remite. Dejando al margen la controvertida cuestión sobre quiénes son los trabajadores indefinidos (sin más) que menciona el EBEP y su equiparación o no con los trabajadores indefinidos no fijos, así como sus diferencias respecto a los trabajadores fijos –que ha sido tratada en el apartado anterior-, lo cierto que se puede diferenciar el régimen jurídico de la contratación laboral indefinida por parte de las Administraciones Públicas del régimen jurídico de la contratación temporal.

Además, la disposición adicional 15^a del ET se refiere, en los supuestos de duración máxima del contrato de obra o servicios determinados y en los casos de superación de los límites al encadenamiento de contratos, a la figura del contrato indefinido (no fijo) en los mismos términos que la doctrina del TS sobre dicha figura especial, pues prevé que continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. De esta forma, se produce una aplicación modulada del art. 15 del ET en el ámbito de la Administración Pública, puesto que el trabajador no adquiere, sin más, la condición de trabajador fijo puesto que no ha superado el correspondiente proceso selectivo, siendo, como se ha venido repitiendo, la razón de la modulación de la aplicación del art. 15 del ET la necesidad de respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, que son los que justifican la propia existencia de la figura del indefinido no fijo. Pero, en ningún momento, la disposición adicional 15^a del ET menciona la amortización como causa de finalización de la prestación que venía desempeñando el trabajador, por lo que, desde esta segunda interpretación, se puede entender que la especialidad de esta modalidad contractual reside en que sólo la cobertura de la plaza –que constituye una obligación de la Administración Pública- extinguirá la relación laboral, salvo que, por supuesto, concurran otras posibles causas de extinción del contrato de trabajo del art. 49 del ET.

Por todo ello, en el caso del trabajador indefinido no fijo no parece adecuado considerar como causa de extinción el transcurso del plazo necesario para el desarrollo del proceso de cobertura del puesto de trabajo sin que tal cobertura se produzca, ni tampoco la amortización de la plaza, ya que para que se extinga el contrato de trabajo del indefinido no fijo es preciso que la plaza sea cubierta reglamentariamente. Y es que, en los supuestos de irregularidad y fraude en el uso de la contratación temporal en la Administración Pública, el contrato se convierte en indefinido no fijo pero no en un contrato de interinidad por vacante, por lo que no necesariamente han de equipararse los efectos de la amortización en estas dos modalidades contractuales. De hecho, la ausencia de una regulación específica en relación con la extinción del contrato indefinido que, como se dijo, ni siquiera se ha atendido por el EBEP, conduce a la aplicación de la legislación laboral, en concreto el art. 49 del ET, a tenor del cual (y por todo lo expuesto) la amortización de la plaza del contrato indefinido no fijo parece actuar como causa de extinción del contrato de los apartados i) o l), esto es, parece configurarse como causa de despido objetivo o, en su caso, colectivo de los arts. 52 c) y 51 del ET.

Asimismo, resulta de interés tener presente lo dispuesto en la disposición adicional 20ª del ET, incorporada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgente para la reforma del mercado laboral, que regula la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público. Según dicha disposición, el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos o entidades que forman parte del sector público, se efectuará conforme a lo dispuesto en los arts. 51 y 52 c) del ET y sus normas de desarrollo. A estos efectos, se entiende que concurren causas económicas cuando se produzca una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En estos supuestos de despido, según especifica la mencionada disposición, tiene prioridad de permanencia el trabajador fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto; precisión que permite, también a tenor de esta disposición adicional, diferenciar la figura del trabajador fijo respecto del trabajador indefinido pero no fijo de plantilla. De esta forma, la amortización del puesto de trabajo del trabajador indefinido no fijo puede encajar entre las causas que justifican el despido regulado en los arts. 51 y 52 c) del ET.

Adicionalmente, se pueden aportar otros argumentos para defender esta postura, relacionados con el nivel de protección del trabajador, esto es, con el derecho o no a la indemnización por la extinción del contrato de trabajo. Desde

esta perspectiva, a tenor de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, interpretada por el TJUE³⁷, es más que discutible que la relación laboral del trabajador indefinido no fijo, al que se le ha reconocido esta condición como consecuencia de los sucesivos contratos temporales irregulares concertado con una Administración Pública, pueda extinguirse como consecuencia de la amortización de su puesto de trabajo sin derecho a ningún tipo de indemnización³⁸. A esta situación se llegaría si se defendiera una aplicación idéntica y con los mismos efectos en el caso de cobertura de la plaza y de amortización de la misma en cuanto causas de extinción propias y específicas de los contratos indefinidos no fijos que, respondiendo a la naturaleza de su vínculo jurídico, son diferentes de las causas de despido objetivo o colectivo.

Ahora bien, puesto que el desarrollo de este otro argumento responde más directamente al propio procedimiento a seguir para la extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo y al nivel de protección que puede recibir el trabajador en este momento de finalización de su relación laboral, se remite su estudio al siguiente apartado. Basta, por ahora, con dejar constancia de que la extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo por amortización del puesto de trabajo que se venía ocupando, sin derecho a compensación económica alguna, parece que no supera el doble test de equivalencia y efectividad establecido por el TJUE en la interpretación de la Directiva 1999/70/CE. Por lo que la aplicación de la regulación del despido objetivo o, en su caso, colectivo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con derecho a indemnización, se convierte en una medida efectiva de tutela del trabajador, que permite a su vez dar cobertura a la amortización del puesto de trabajo como causa de extinción del contrato de trabajo.

De esta forma, se entiende que la amortización del puesto de trabajo del trabajador indefinido encaja en el supuesto de despido regulado en los arts. 51 y 52 c) del ET, lo que permite ofrecer una solución que logra un equilibrio entre los principios constitucionales de acceso al empleo público y la necesaria tutela

³⁷ Vid. al respecto a Romero Burillo, A.M.: “Los efectos de la amortización del puesto de trabajo ocupado por un trabajador...”, op., cit., pág. 6 y Romero Burillo, A.M.: “El régimen extintivo del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla”. *Actualidad Laboral*, número 6, 2014, págs. 7 y 8.

³⁸ Este es uno de los argumentos que aporta para defender y fundamentar su posición el voto particular de la STS de 22 de julio de 2013.

del trabajador, que sí tendría derecho a la correspondiente indemnización. Y es que la diferencia del indefinido no fijo respecto del fijo y su propia razón de ser (y su propia creación por el TS) encuentra su justificación en los principios de acceso a la función pública, de ahí que la cobertura de la plaza actúe como causa específica y propia, que se ajusta a la naturaleza jurídica de este contrato. Pero ningún principio constitucional, ni ninguna disposición normativa, obligan a equiparar la provisión de la plaza y la amortización del puesto de trabajo. De entenderlo así, la Administración Pública tendría una vía fácil y barata para extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores indefinidos no fijos, especialmente en momentos de dificultades económicas como los que se vienen sufriendo en la actualidad.

Esta es la posición mantenida en la actualidad por el TS. En efecto, en la reiterada STS de 24 de junio de 2014, el TS entiende que la doctrina que venía manteniendo debe rectificarse tras la entrada en vigor de la disposición adicional 20ª del ET, que ha mejorado lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 1998/59/CE, de 20 de julio, con relación al personal laboral de las Administraciones Públicas, a quien a partir de ahora se aplica lo dispuesto en los artículos 51 y 52 c) del ET. Tras recalificar la naturaleza de los contratos de interinidad por vacante, entendiéndolo que son contratos temporales de duración indeterminada pero en los que consta que el término pactado llegará (cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla), el TS concluye que la amortización de esos puestos de trabajo no puede conllevar la automática extinción de los contratos porque no está prevista legalmente como causa de extinción de esos contratos sujetos a un término, a un plazo cuya mayor o menor duración se ha fijado por la norma y depende de la diligencia de la empleadora en poner en marcha los oportunos procesos de selección³⁹.

Así, la idea de que la amortización extingue el contrato porque el mismo tiene una condición resolutoria implícita en ese sentido debe rechazarse porque *“nos encontramos ante una obligación a término indeterminado y no ante una condición, ya que la existencia de una condición requiere que el hecho del que*

³⁹ Se trata de un ejemplo importante de la pervivencia de la relación jurídica viva, por encima de la irregularidad en el aspecto legal, tal y como se analiza en Márquez Prieto, A.: *“Contratación y acceso al empleo público”*. 2ª Ponencia de las XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, tituladas *Reformas de las Administraciones Públicas y Empleo Público*, Sevilla 27 y 28 de noviembre de 2014, pág. 23.

depende sea incierto, incertidumbre que no se da cuando se fija un plazo indeterminado que llegará (art. 1125 CC). Además esa condición resolutoria sería nula conforme a los arts. 1115 y 1256 CC, pues su validez equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes la terminación del contrato....". La extinción de un contrato temporal antes de que llegue a su vencimiento supone un perjuicio para la otra parte que ve truncada sus expectativas de empleo, produciendo un daño que ha de ser indemnizado. Esta argumentación también es aplicable, según afirma el TS, a los indefinidos no fijos, por lo que la amortización de una plaza vacante ocupada por un trabajador indefinido no fijo no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los arts. 51 y 52 c) del ET.

Esta reciente sentencia del TS suscita un par de consideraciones. Por un lado, surge la duda sobre si el cambio de naturaleza del contrato de interinidad por vacante también opera para el indefinido no fijo. El alto Tribunal no se pronuncia sobre si también recalifica la naturaleza de los contratos indefinidos no fijo, puesto que no se considera necesario para entender que a estos trabajadores se les aplica la disposición adicional 20ª del ET. Y es que es, precisamente, al analizar la aplicación de dicha disposición a los contratos de interinidad por vacante cuando el TS modifica su naturaleza y es, a su vez, la extinción antes de que llegue el término lo que genera un daño al trabajador que ha de ser indemnizado, lo que en Derecho del Trabajo se hace mediante el abono de la indemnización que en cada caso corresponda. Por ello, en nuestra opinión, la recalificación de la naturaleza del contrato interino por vacante no afecta al indefinido no fijo porque, aunque con un carácter especial, es de naturaleza indefinida y no temporal. La figura contractual del interino por vacante existe para cubrir de forma temporal un puesto de trabajo, mientras que el indefinido no fijo es una figura que responde a las irregularidades en la contratación resultado de la modulación del art. 15 del ET, que tiene naturaleza indefinida aunque, por respeto a los principios constitucionales de acceso a la función pública, no se permite la consolidación de la plaza hasta que ésta no se cubra por el procedimiento reglamentario.

Y, por otro lado, no convence la argumentación del TS en virtud de la cual el cambio de naturaleza del contrato de interinidad por vacante produce un cambio en su doctrina, alegándose que, ahora sí, la extinción antes de que llegue el término pactado produce un perjuicio para el trabajador que ha de ser indemnizado, como si la extinción del contrato antes de que se cumpla la condición resolutoria no perjudicase al trabajador. Sí es convincente entender que la supresión del puesto de trabajo del trabajador indefinido no fijo (al igual que el interino por vacante) encaja en el supuesto de hecho de la disposición adicional 20ª

del ET, lo que requiere la concurrencia de las causas exigidas por dicha disposición para proceder al despido; sin embargo, no se sustenta, a los efectos de considerar que se produce un despido objetivo o colectivo, el argumento que se basa en el perjuicio que sufre el trabajador (sea indefinido no fijo o interino por vacante) por verse extinguido su contrato antes de tiempo (sea antes del cumplimiento de la condición resolutoria, sea antes de la llegada del término pactado).

De esta forma, se concluye que lo relevante es determinar qué carácter tiene la causa que produce la extinción del contrato y, sobre todo, si la amortización del puesto de trabajo puede actuar como una causa específica y propia de extinción del contrato indefinido no fijo, diferente del despido objetivo y colectivo y, por ende, diferente de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Si se entiende que sí constituye una causa propia y específica de esta especial figural contractual, su actuación y efectos son iguales a los de la cobertura del puesto de trabajo. Es el cumplimiento de la condición o, en su caso, la imposibilidad de que tal condición se cumpla si se amortiza el puesto de trabajo lo que constituiría la causa de extinción del contrato de trabajo. Es una posición civilista, que se aleja de la lógica y normas laborales y que sí podría justificar una extinción contractual al margen del despido objetivo o colectivo y carente de reparación del daño al no reconocerse el derecho a la indemnización. Por el contrario, si se entiende que sólo la cobertura de la plaza es causa específica y propia de esta figura contractual, la supresión del puesto de trabajo antes de que se cubra ha de configurarse como una causa de despido que exige la concurrencia de determinadas causas para que se pueda extinguir el contrato, sin perjuicio de que el trabajador tenga derecho a una indemnización. Esta posición, que, como se ha expuesto, encuentra más y mejores argumentos en su defensa, responde a una lógica laboral, protectora del trabajador, que compensa el daño que éste sufre al ver extinguido su contrato mediante el reconocimiento de una indemnización económica.

4. LA REPARACIÓN ECONÓMICA DEL TRABAJADOR EN LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO INDEFINIDO NO FIJO POR COBERTURA Y AMORTIZACIÓN DE LA PLAZA

El procedimiento que la Administración Pública ha de seguir para proceder a la extinción del contrato de trabajo del trabajador indefinido no fijo presenta diferencias en función de cuál sea la causa de finalización de la relación laboral, adquiriendo especial relevancia el nivel de protección que en cada caso reciba el trabajador, para cuyo estudio se va a diferenciar, por un lado, la cobertura de la

plaza por el procedimiento reglamentario y, por el otro, la amortización del puesto de trabajo.

4.1. La compensación económica del trabajador en la extinción por cobertura de la plaza

La cobertura de la plaza por el procedimiento ordinario de acuerdo con lo establecido en la normativa correspondiente conlleva, como ya se ha analizado, la finalización del contrato indefinido no fijo. En efecto, la cobertura definitiva mediante un procedimiento reglamentario de selección de la plaza desempeñada en virtud del contrato indefinido no fijo hace surgir una causa de extinción del contrato que tiene que subsumirse en las enunciadas genéricamente por el apartado b) del art. 49.1 del ET. Y ello porque, desde que una sentencia judicial firme aplica a un contrato de trabajo la doctrina del propio TS sobre el contrato indefinido no fijo, está cumpliendo lo previsto en el art. 9 del ET, es decir, declarar la nulidad parcial del contrato aparentemente temporal por ser contrario al art. 15 del ET pero sustituye dicha cláusula por otra causa de extinción del contrato cual es la ocupación de la plaza por procedimiento reglamentario, que cumpla con los principios constitucionales. Basta con la denuncia fundada en esta causa para que el contrato indefinido no fijo se extinga⁴⁰.

De esta forma, la aplicación de la causa de extinción del contrato de trabajo del art. 49.1 b) del ET implica que el trabajador no tenga derecho a recibir ninguna compensación económica; sin perjuicio, por supuesto, de que la cobertura de la plaza se realice mediante el procedimiento reglamentario que proceda atendiendo a la normativa correspondiente. Dicho procedimiento de provisión de la plaza englobaría, además, no sólo los procesos selectivos derivados de una Oferta Pública de Empleo sino también los procesos de provisión interna de puestos trabajo. Lo relevante es que la cobertura, ya sea a través de la Oferta Pública de Empleo, ya sea por reingreso de excedentes voluntarios, o ya sea por la provisión de puesto de trabajo por concurso o libre designación, debe ser definitiva⁴¹. Es, como se ha dicho en el apartado anterior, la especial naturaleza del vínculo jurídico entre el trabajador indefinido no fijo y la Administración Pública lo que permite explicar que la cobertura de la plaza sea una causa

⁴⁰ STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002/9893) y STS de 26 de junio de 2003 (RJ 2005/4259).

⁴¹ Boltaina Bosch, J.: “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos...”, op. cit., pág. 546.

justa y propia para proceder a la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización, pues, precisamente, en aplicación de la doctrina del TS, el trabajador que ha sido contratado de forma irregular continúa desempeñando el puesto de trabajo que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura. Desde la declaración de la relación como indefinida no fija el trabajador sabe que su contrato se extinguirá cuando se cubra el puesto de trabajo por el procedimiento ordinario, sin que se genere mayor expectativa para el trabajador en el mantenimiento de su contrato de trabajo.

Si bien el modo de actuar de la cobertura de la plaza y sus efectos en el contrato de trabajo no se presentan como cuestiones controvertidas en la práctica judicial reciente, lo cierto es que tampoco se puede dejar de anotar que la ausencia de compensación económica tras la ruptura del vínculo jurídico se traduce en una falta de tutela del trabajador, que responde a la propia aplicación de la causa de extinción del contrato de trabajo del art. 49.1, b) del ET, que no genera derecho a indemnización, salvo que, por supuesto, las partes así lo acuerden. De esta forma, en aplicación de esta causa de extinción del contrato de trabajo, el trabajador queda totalmente desprotegido al finalizar su vínculo laboral, lo que puede resultar inapropiado si se tiene en cuenta que, en la mayoría de los contratos temporales en los que tampoco se generan más expectativas de permanencia para el trabajador pues sabe que expirado el tiempo convenido o realizada la obra o servicio el contrato se extinguirá, el trabajador tiene derecho a doce días de salario por año de servicio o, en su caso, la indemnización establecida en la normativa específica que sea de aplicación⁴².

⁴² En este sentido, un sector doctrinal se manifestó hace tiempo a favor del reconocimiento de una indemnización en los supuestos de extinción del contrato indefinido no fijo, incluso en los casos de cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario, si bien también es controvertida la determinación del importe de dicha indemnización. Al respecto, puede verse a Martínez De La Pedraja Abarca, A.: “¿Por qué se insiste en enfrentar el Derecho Laboral con los principios constitucionales de acceso a los puestos de trabajo en la Administración Pública?”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 301, 1997, pág. 3; Goerlich Peset, J.M. y Vega López, J.A.: “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública?. Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla”. *Relaciones Laborales*, número 11, 1998, págs. 30 y 31; a Borrajo Dacruz, E.: “Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial”. *Actualidad Laboral*, 1998-I, pág. 396; Moliner Tamborero, G.: “Las relaciones laborales en la función pública. Régimen jurídico. Aspectos puntuales”. *Tribuna Social*, número 127, 2001, págs. 22 y 23; y a Boltaina Bosch, J.: “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos...”, op. cit., pág. 544.

Es más, aún más inapropiada es la falta de indemnización si se tiene en cuenta que, precisamente, el propio origen de la especial relación laboral indefinida no fija se halla en la utilización fraudulenta o irregular de la contratación laboral, por lo que, al final, se llega a una situación en la que el trabajador contratado en virtud de una modalidad temporal tendrá derecho a indemnización económica tras la extinción de su contrato de trabajo mientras que el que ha sido contratado de forma irregular mediante contratos temporales carece de protección económica al extinguirse su relación. La explicación, más o menos convincente, de esta situación se encuentra, además de en la estricta aplicación del art. 49.1.b) del ET, en la similitud entre el contrato indefinido no fijo de la Administración y el contrato de interinidad por vacante (que se excluye de los contratos temporales con derecho a indemnización) que es palmaria en la construcción jurisprudencial del contrato indefinido no fijo. Sin embargo, ello no es obstáculo para que se manifieste, con cierta preocupación, la cuestionada situación de desprotección económica que sufre el trabajador que, por causas ajenas a su voluntad, ve finalizada su relación laboral, si bien es cierto que en ocasiones el trabajador colabora en la irregularidad de la contratación puesto que está interesado, por razones obvias, en mantener la relación jurídico laboral con la Administración Pública.

A pesar de ello, es difícil considerar de aplicación otra causa de extinción del contrato de trabajo que genere el derecho a una indemnización para el trabajador, como podría ser defender la aplicación de la causa de extinción del contrato de trabajo por despido objetivo (o, en su caso, colectivo), entendiendo en sentido amplio que concurren causas, básicamente organizativas, que acarreen, por exigencias constitucionales no la supresión del puesto de trabajo, sino su cobertura por otra persona que haya superado el correspondiente proceso selectivo. Es, precisamente, la no supresión del puesto de trabajo el mayor inconveniente para aplicar esta otra causa de extinción del contrato de trabajo⁴³. En esta línea se sitúa esta compleja y controvertida cuestión en los supuestos de extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo por amortización de la plaza, que se analiza a continuación.

⁴³ También se ha defendido, a los efectos del reconocimiento de una indemnización económica, la aplicación del art. 52 c) del ET, con base en causas organizativas o de fuerza mayor, por tratarse de una situación prácticamente idéntica en cuanto a las consecuencias a la nulidad de un proceso selectivo para cubrir plazas de personal laboral. Se trata de aplicar de forma analógica la doctrina del TS sobre extinción de los contratos de trabajo en supuestos de nulidad del proceso selectivo para cubrir plazas de personal laboral. Vid. al respecto a Moliner Tamborero, G.: “Las relaciones laborales en la función pública. Régimen jurídico...”, op. cit., págs. 22 y 23

4.2. La protección económica del trabajador en la extinción por amortización de la plaza

Partiendo de la complejidad y litigiosidad judicial que ha provocado la amortización de la plaza en cuanto causa de extinción del contrato indefinido no fijo, son dos las posibles opciones, como ya se ha analizado, que se pueden barajar a los efectos de determinar el modo de actuar y los efectos que produce la supresión del puesto de trabajo en el marco de este tipo de relación laboral especial, en función de las cuales el procedimiento a seguir para la extinción del contrato de trabajo presenta unos rasgos u otros y, de modo muy especial, la protección del trabajador adquiere niveles diferentes.

Por un lado, si se entiende, tal y como defendía hasta hace unos meses el TS, que la amortización del puesto de trabajo, al igual que la cobertura de la plaza, se subsume en la causa de extinción del contrato de trabajo del art. 49.1 b) del ET, no resulta de aplicación ningún procedimiento especial, bastando la notificación al trabajador que, además, no tiene derecho a recibir ninguna indemnización económica. Esta opción podría entrar en contradicción con los principios de un Estado social de derecho, que proclama el art. 1 de la CE, así como con los principios de la Carta Social Europea y el Convenio número 158 de la OIE, que garantizan una protección en caso de despido. Asimismo, es más que discutible que la aplicación de la doctrina del TS sobre la cobertura de la plaza del contrato indefinido no fijo al supuesto de amortización del puesto de trabajo respete el contenido de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, sobre el trabajo de duración determinada, interpretada por el TJUE⁴⁴.

En efecto, resulta problemático determinar que, si se respeta dicha Directiva en el supuesto en que un trabajador con relación laboral de carácter indefinido no fijo, al que se le ha reconocido esta condición como consecuencia de los sucesivos contratos temporales irregulares concertados con una Administración Pública, pueda ver, como consecuencia de la amortización, extinguido su contrato de trabajo, sin derecho a ningún tipo de indemnización. La falta de repa-

⁴⁴ Ésta es la posición que defiende y argumenta el voto particular de la STS de 22 de julio de 2013. Al respecto, se ha escrito que esta interpretación es *contra legem* porque esta construcción jurisprudencial choca frontalmente con la disposición adicional 20ª del ET y también *contra ius* porque no se ajusta a las exigencias del sistema de fuentes vigente, al quebrar normas internacionales y comunitarias de aplicación preferente en esta materia en virtud del principio de jerarquía normativa. Molina Navarrete, C.: “Reforma laboral y amortización de la plaza del indefinido no fijo...”, op. cit., pág. 4.

ración de los perjuicios sufridos por el trabajador debido al uso abusivo de la Administración Pública de sucesivos contratos temporales parece entrar en contradicción con la cláusula quinta de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio. Y es que no parece claro, a pesar de que el TS así lo entendía hasta hace unos meses, que la extinción del contrato de trabajo del trabajador indefinido no fijo por amortización de su puesto de trabajo sin derecho a indemnización o compensación económica alguna, supere el doble test de equivalencia y efectividad establecido por el TJUE en interpretación de la Directiva 1999/70/CE⁴⁵.

De entenderse en estos términos, el resultado sería un tanto incoherente pues se privaría al trabajador indefinido no fijo de compensación económica por la extinción de su contrato, equiparando las consecuencias de su cese a las del trabajador interino, pero tratándolos de una forma menos ventajosa que a los trabajadores que cesan en la Administración por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto de contrato, que, como es sabido, tienen derecho a una indemnización de doce días de salario por año de servicio. Pero es que, además, aún más inaceptable resulta esta interpretación del modo de operar la amortización del puesto de trabajo si se atiende al origen de la propia declaración de relación indefinida no fija, que no es sino el resultado de un uso abusivo o irregular de la contratación temporal en el seno de la Administración Pública. Por no olvidar, asimismo, que esta opción podría provocar una derogación de facto de la regulación laboral de los contratos temporales en el marco de las Administraciones Públicas, puesto que cualquier contratación laboral por los entes públicos podría finalizar sin indemnización alguna, al margen de la irregularidad que pudiera haberse cometido, para lo cual bastaría con reconocer la existencia de una irregularidad en su causa o desarrollo y, en consecuencia, el carácter indefinido no fijo del trabajador, que podría, entonces sí, ver extinguido su contrato por amortización de la plaza sin derecho a indemnización económica alguna⁴⁶. Esta primera opción, en la práctica, se puede convertir en una vía fácil y, sobre todo, barata, en virtud de la cual la Administración puede extinguir la relación laboral del trabajador indefinido no fijo procediendo a la supresión de su puesto de trabajo, quedando el trabajador desprotegido ante este tipo de maniobras⁴⁷.

⁴⁵ Véase al respecto la STJCE de 4 de julio de 2006, asunto Adeneler (TJCE 2006/181), la STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto Marrossu (TJCE 2006/229), la SJCE de 23 de abril de 2009, asunto Kiriaki Angelidaki (TJCE 2009/94).

⁴⁶ Vid. al respecto a Molina Navarrete, C.: “Reforma laboral y amortización de la plaza del indefinido no fijo...”, op. cit., pág. 8.

⁴⁷ Sobre las críticas a la ausencia de indemnización puede verse a López Lluc, M^a I.: “La

Precisamente, para superar la falta de protección económica del trabajador indefinido no fijo por la extinción de su contrato de trabajo debido a la amortización del mismo, el TS, en sus sentencias previas a la modificación de su doctrina sobre este asunto, adoptó una postura intermedia, si bien no exenta de reparos, tal y como se expone en las consideraciones finales. En este sentido, el Alto Tribunal iniciaba sus argumentos partiendo del manteniendo de su doctrina sobre la equiparación de la amortización del puesto de trabajo y la cobertura de la plaza, con base en la también equiparación entre el contrato indefinido no fijo y el contrato de interinidad por vacante, entendiendo que, en el caso de amortización del puesto de trabajo, el contrato de trabajo se extinguía de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1.b) del ET, por lo que el trabajador no tenía derecho a indemnización por la extinción de su contrato de trabajo. Sin embargo, matizaba dicha doctrina, avanzando en la afirmación del reconocimiento de la indemnización del art. 49.1 c) del ET que ya enunció en la STS de 22 de julio de 2013⁴⁸: *“por más que se entendiera que pudiera ser equiparable a un contrato de interinidad por vacante, lo cierto es que el contrato de trabajo del demandante se ha extinguido por la amortización de la plaza; es decir, por una causa distinta de la cobertura por el procedimiento reglamentario de la plaza que ocupaba el trabajador a través de un sistema de acceso a la Administración pública empleadora regido por los principios de mérito y capacidad. Por ello en este supuesto, para evitar una situación de trato desigual injustificado, cabe entender aplicable por analogía la indemnización prevista en el citado art. 49.1 c) ET”*⁴⁹.

De esta forma, el TS en estas últimas sentencias, antes de rectificar su doctrina, avanzaba en dos líneas diferentes, una de carácter sustantivo y otra de carácter procesal. Por un lado, rechazando la equiparación plena entre la cober-

extinción del “contrato indefinido” de las administraciones públicas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2013. Importante voto particular”. *Revista de Derecho Social*, número 64, 2013, pág. 189.

⁴⁸ En esta sentencia el TS ya había afirmado el reconocimiento de la indemnización del art. 49.1 c) del ET, si bien rechazó su concesión argumentando que no se había planteado en las actuaciones, en que en la demanda se pidió que el despido se califique como nulo o improcedente, por lo que la Sala no podría decidir sobre esa indemnización, sin dar algo distinto de lo pedido y con un fundamento también diferente.

⁴⁹ STS de 14 de octubre de 2013 (RJ 2013/8000), STS de 15 de octubre de 2013 (RJ 2013/7999), STS de 23 de octubre de 2013 (JUE 2014/14236) y STS de 25 de noviembre de 2013 (JUR 2013/381783). En estas sentencias, el TS expone que *“cabe no obstante entender que en los*

tura de la plaza por el procedimiento reglamentario y la amortización de la misma en los contratos indefinidos no fijos; y, por el otro, entendiendo que, en los supuestos en que el trabajador impugna un pretendido despido objetivo por alegada nulidad o improcedencia, no es necesario que tenga que instar expresamente en la demanda la pretensión concreta de una específica indemnización, de manera que si la sentencia declara la procedencia del despido, el reconocimiento al demandante del derecho a la indemnización no entregada o a las diferencias es una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de nulidad o improcedencia. Ambos avances conducen a la conclusión final: declaración de la procedencia de la decisión extintiva del empresario y reconocimiento del derecho del trabajador a recibir la indemnización prevista en el art. 49.1 c) del ET, dado que la consideración de la naturaleza del vínculo contractual ha conducido a aceptar la amortización como causa válida de terminación de un contrato de duración incierta; conclusión que, como se ha dicho, merece algunos reparos o, al menos reflexiones o consideraciones adicionales, en los términos que se exponen en el siguiente apartado.

Por otro lado, la segunda de las opciones que se plantean a los efectos de determinar el modo de actuar y los efectos que produce la supresión del puesto de trabajo en el marco de este tipo de relación laboral especial, consiste, como ya se vio, en entender que resulta de aplicación el art. 52 c) o, en su caso, el art. 51 del ET. Desde esta segunda perspectiva, la amortización del puesto de trabajo constituye una causa legal de extinción del contrato de trabajo cuyo régimen jurídico se regula en los citados preceptos estatutarios. En este supuesto, la efectiva desaparición o supresión del puesto de trabajo que conlleva la amortización permite superar el gran obstáculo que se encuentra para aplicar el régimen jurídico del despido objetivo o colectivo en los casos en los que el puesto de trabajo se cubre por el procedimiento reglamentario puesto que, en este otro supuesto, la plaza no desaparece sino que es cubierta por la persona que haya superado el correspondiente proceso selectivo.

supuestos en el que el trabajador impugna un pretendido despido objetivo por alegada nulidad o improcedencia –en el presente caso la extinción por amortización de la plaza es por causas objetivos, aunque no se entienda necesario acudir a los procedimientos de los arts. 51 o 52 ET-, como demuestra la práctica y es dable deducir de las normas sustantivas y procesales aplicables, no es necesario que se tenga que instar expresamente en la demanda la pretensión concreta de una específica indemnización. Si la sentencia declara la procedencia del despido, el reconocimiento al demandante del derecho a la indemnización no entregada o a las diferencias –o la declaración de que el demandante hace suya la indemnización percibida- es una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de nulidad o de improcedencia”.

De esta forma, la amortización del puesto de trabajo por la concurrencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, dependiendo de las circunstancias de cada caso, del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público es una causa justa y suficiente para proceder a la extinción del contrato de trabajo conforme al art. 52 c) del ET o, en su caso, al art. 51 del ET. Como se ha dicho, ésta es la postura que defiende en la actualidad el TS, que entiende que, tras la entrada en vigor de la disposición adicional 20ª del ET, la doctrina que venía manteniendo debe rectificarse, tal y como se expone en la STS de 24 de junio de 2014. En esta sentencia el TS parte de la aplicación de la citada disposición adicional 20ª del ET a los trabajadores indefinidos no fijos por referencia a la prioridad de permanencia que tiene el personal fijo (respecto de los indefinidos no fijos) y porque la extinción de estos contratos computa al efecto de considerar el despido como colectivo. Además de considerar aplicable la citada disposición, el principal argumento que aporta el TS para fundamentar su cambio de postura se basa en la recalificación de la naturaleza de los contratos de interinidad que, como ya se expuso, son contratos temporales sujetos al cumplimiento del término pactado, de manera que su amortización implica que se extinga antes de que llegue su vencimiento, lo que supone un perjuicio para el trabajador que ve truncada sus expectativas de empleo. Esta conclusión es aplicable también a los contratos indefinidos no fijos pero sin que el TS se pronuncie sobre si también recalifica su naturaleza puesto que no lo considera necesario por entender que a aquéllos se les aplica la disposición adicional 20ª de ET. En cualquier caso, la supresión del puesto de trabajo del indefinido no fijo produce, sin duda, un perjuicio para el trabajador que ve extinguido su contrato antes de tiempo, esto es, antes de que se cubra la plaza por el procedimiento reglamentario.

La consecuencia que se deriva de entender que la supresión de la plaza se subsume en el supuesto del despido objetivo o, en su caso, del despido colectivo consiste en la necesidad de poner en marcha los procedimientos para la extinción del contrato de trabajo que se regulan en los mencionados artículos, debiendo observarse una serie de requisitos. No se considera necesario realizar un análisis de dichos requisitos, puesto que ello excede del objeto de este trabajo⁵⁰. Pero sí es conveniente tener presente que, para las Administraciones Públicas y entidades de derecho público, el procedimiento de despido colectivo,

⁵⁰ Un examen exhaustivo de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público se puede ver en Selma Penalva, A.: “El trabajador “indefinido no fijo” en la Administración Pública...”, op, cit., págs. 7 y ss.

que ha de llevarse a cabo en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad económica de las Administraciones Públicas, sufre algunas especialidades o modulaciones de interés, tal y como ha señalado la doctrina⁵¹.

Por un lado, las causas de despido experimentan alguna modulación importante en su contenido e interpretación, de manera que la causa económica se vincula a la situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente, y las causas técnicas y organizativas se conectan con los medios, instrumentos, sistemas o métodos relativos a la prestación de servicio (art. 35.3 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornadas); pero, en cualquier caso, no cabe duda de que la amortización del puesto de trabajo o, en su caso, de un número concreto de puestos de trabajo, puede encajar entre estas causas de extinción del contrato de trabajo. Y, por otro lado, el propio procedimiento presenta diversas especialidades referentes a la delimitación de su ámbito funcional y personal de aplicación, a la designación de interlocutores en representación de los trabajadores, a la clase de documentación que ha de aportarse, y a la intervención de las instancias administrativas competentes en materia de función pública y hacienda pública⁵².

Lo relevante, a los efectos que aquí interesan, es tener presente que en ambos casos, esto es, ya se trate de un despido objetivo o de un despido colectivo, han de observarse los requisitos del art. 53.1 del ET⁵³, lo que significa que el trabajador queda protegido económicamente al extinguirse su contrato de trabajo, puesto que

⁵¹ Para los despidos colectivos en el sector público, hay que tener en cuenta las normas específicas de los procedimientos de despido del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, que se regulan en el Título III del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornadas (BOE de 30 de octubre de 2012).

⁵² En estos términos se pronuncian Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos, op. cit., pág. 820.

⁵³ Según indica el art. 53 del ET, para proceder al despido objetivo han de observarse los siguientes requisitos: comunicación escrita al trabajador expresando la causa; poner a disposición del trabajador la indemnización de veinte días de salario por año de servicio; y concesión de un plazo de preaviso de quince días. Por su parte, por exigencia del art. 51.4 del ET, tras la comunicación de la decisión de despido a los representantes de los trabajadores, el empresario ha de notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que ha de realizarse conforme a lo establecido en el mencionado art. 53.1 del ET.

tiene derecho a recibir una indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Por ello, se puede concluir que esta segunda opción permite armonizar la naturaleza especial del contrato indefinido no fijo de la Administración Pública con la reparación o compensación económica del trabajador por la extinción de su contrato de trabajo, superándose, así, el gran inconveniente que presenta la primera de las opciones en virtud de la cual la amortización del puesto de trabajo del indefinido no fijo se subsume en la causa de extinción del contrato de trabajo del art. 49.1 b) del ET (lo que no genera el derecho a indemnización económica); y ello sin necesidad de acudir, a efectos de compensar al trabajador económicamente, a la discutible aplicación analógica de la causa de extinción del contrato de trabajo del apartado c) del art. 49.1 del ET.

5. CONSIDERACIONES FINALES

A tenor de cuanto se ha expuesto se puede concluir que son dos las opciones que se pueden barajar acerca del modo de operar y los efectos jurídicos de la cobertura de la plaza y de su amortización. Ambas opciones han sido amparadas por el TS, que ha modificado de forma progresiva su posición para los supuestos de amortización de la plaza, puesto que ha pasado de entender que dichos supuestos se subsumen en el apartado b) del art. 49.1 del ET, a considerar de aplicación la disposición adicional 20ª del ET y, por ende, los apartados i) o l) del mismo precepto legal. Entre ambas posturas, ha mantenido una posición intermedia y transitoria en virtud de la cual entendía que la amortización encajaba en el supuesto del art. 49.1 b) pero siendo de aplicación la indemnización de su apartado c).

Y es que o bien se puede entender que tanto la cobertura de la plaza como la amortización del puesto de trabajado del indefinido no fijo de la Administración Pública se subsumen, siguiendo la postura que mantenía al respecto el TS hasta el mes de junio de 2014, en la causa de extinción del contrato de trabajo del apartado b) del art. 49.1 del ET (“por las causas consignadas válidamente en el contrato”). O bien se puede considerar, aunque sólo para el supuesto de amortización del puesto de trabajo, que encaja, según las circunstancias de cada caso, en el apartado i) o l) del art. 49.1 del ET, entendiendo que la amortización de la plaza es causa justa y suficiente para proceder a la extinción del contrato de trabajo del indefinido no fijo, siempre que concurren causas, de diversa índole, que lleven a la Administración Pública a la necesidad de suprimir el puesto de trabajo o determinados puestos de trabajo, en cuyo caso han de seguirse las reglas y procedimientos del art. 52 c) o, en su caso, del art. 51 del ET.

Lo relevante, así pues, es determinar cuál es la causa de extinción del contrato indefinido no fijo que actúa en los supuestos de cobertura o de amortización de la plaza, esto es, definir cuál es el supuesto de hecho que se actualiza en estos casos, resultando especialmente complejo y conflictivo proponer una solución cuando se produce la supresión del puesto de trabajo. Dicha relevancia se manifiesta en que, dependiendo de cuál sea la opción que se considere más adecuada, el procedimiento a seguir en cada caso es uno u otro, por lo que, en consecuencia, se exigen unos u otros requisitos y, sobre todo, el nivel de protección económica del trabajador afectado es diferente.

Dos han de ser los factores o elementos a tener en cuenta. Atendiendo a la especial naturaleza del contrato indefinido no fijo de la Administración Pública, es cierto que, en el supuesto en que desaparece por amortización el puesto desempeñado por el trabajador indefinido no fijo, también desaparece el supuesto de hecho que justifica esta modalidad contractual, por lo que se podría entender que la amortización de la plaza, al igual que la cobertura, se subsume en el art. 49.1 b) del ET. Es la propia naturaleza del contrato lo que podría determinar que la amortización no actuase configurando la existencia de una causa económica, presupuestaria u organizativa para el despido, sino que operase de manera directa sobre la propia vigencia del vínculo jurídico, determinando el cumplimiento anticipado de la condición a la que aquél está sometido. Esta especial naturaleza es la que podría justificar la amortización del puesto de trabajo al margen de su consideración como despido objetivo o colectivo. Sin embargo, esta opción, como se ha indicado, presenta el inconveniente de ignorar que el trabajador queda desprotegido económicamente, resultando reprochable si se atiende al origen irregular o fraudulento de la contratación del trabajo y preocupante por la posible apertura de una vía fácil y económica para extinguir los frecuentes contratos de trabajo temporales concertados en el sector público, sobre todo en los momentos de dificultades económicas actuales.

Para superar este inconveniente se apuesta por entender que la amortización del puesto de trabajo del indefinido no fijo se subsume, entre las causas de extinción del contrato de trabajo del art. 49.1 del ET, en el apartado l) o, en su caso, en el apartado i). Y es que la naturaleza jurídica de esta modalidad contractual (que también actúa como elemento relevante a la hora de resolver esta cuestión) no impide entender que resulte de aplicación el art. 52 c) del ET o, en su caso, el art. 51 del mismo texto legal. Es más, la evolución legislativa de los últimos años (aprobación del EBEP, reforma de la disposición adicional 15ª del ET e incorporación de la disposición adicional 20ª del ET) y la necesidad de adecuar la propuesta de solución que se ofrece a la realidad económica y social actual, permiten entender que es aplicable el régimen jurídico previsto en los

arts. 51 y 52 c) del ET, no sólo porque la justificada supresión del puesto de trabajo encaja perfectamente entre las causas de extinción por motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción, según el caso, sino también porque, atendiendo a esta segunda opción, se garantiza una protección económica al trabajador afectado.

Desde este punto de vista, la transitoria doctrina del TS, en virtud de la cual consideraba de aplicación al supuesto de amortización de la plaza del indefinido no fijo la causa de extinción del art. 49.1, b) del ET pero que, a los efectos de superar la ausencia de protección económica que en tal caso sufría el trabajador, procedía a una aplicación analógica del art. 49.1, c) del ET, presentaba algunas debilidades. Es cierto que con esta construcción jurídica se superaba el inconveniente antes resaltado relativo a la ausencia de reparación económica del trabajador; sin embargo, no era una solución que respondiera a una argumentación jurídica lógica porque, como se ha indicado, lo más importante es determinar la causa de extinción, de entre las previstas en el art. 49.1 del ET, que actúa en la amortización del puesto de trabajo, sin que parezca adecuado ni necesario romper la lógica jurídica que implica la elección de una u otra causa de extinción.

De esta forma, si se parte de considerar que es aplicable el art. 49.1, b) del ET en los casos de amortización del puesto de trabajo del indefinido no fijo de la Administración Pública, el trabajador, salvo acuerdo entre las partes, no tiene derecho a indemnización por la extinción de su contrato de trabajo. Es necesario ser consecuente con la determinación de la forma de actuar la amortización del puesto de trabajo y con la causa de extinción en la que se considere que encaja este supuesto y no crear una construcción jurídica, en base a una aplicación analógica, para sortear la más grave consecuencia jurídica que deriva de la aplicación del art. 49.1, b) del ET. Ello produce una ruptura de las normas del procedimiento a seguir para la extinción del contrato de trabajo en virtud del apartado b) del art. 49.1 del ET. Además, es discutible la aplicación analógica⁵⁴ de la indemnización del art. 49.1 c) del ET a los efectos de superar la problemática de la falta de reparación económica que conlleva la aplicación del apartado b) del mencionado precepto estatutario, puesto que entre las causas de extinción del

⁵⁴ Según dispone el art. 4 del CC, “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

contrato de trabajo se contempla un par de ellas que dan cobertura, sin problemas, al supuesto de la supresión del puesto de trabajo.

Así, no se considera adecuada esta débil construcción jurídica porque, como se ha dicho, para garantizar la protección del trabajador, la causa de extinción del contrato de trabajo por despido objetivo o, en su caso, colectivo se adecua más y mejor al supuesto de hecho que se produce, esto es, a la propia desaparición del puesto de trabajo. Puesto que ni en el art. 49.1 del ET se enumera de forma expresa la amortización del puesto de trabajo como causa de extinción del contrato de trabajo, ni el ordenamiento jurídico es claro ni obliga a entender de aplicación el apartado b) de dicho precepto, resulta más adecuado subsumir la amortización en el supuesto de hecho del despido objetivo o colectivo, máxime desde la entrada en vigor de la disposición adicional 20ª del ET. Esta opción se considera ajustada a Derecho, razonable jurídicamente y, sobre todo, es una interpretación que permite proteger al trabajador, al que se le reconoce una más elevada indemnización económica, sin necesidad de acudir a la cuestionable aplicación analógica del art. 49.1, c) del ET. Es una opción, asimismo, amparada por la actual doctrina del TS.

De esta forma, se consigue armonizar la especial naturaleza del contrato de trabajo con el adecuado nivel de protección que ha de recibir el trabajador tras la extinción de su contrato de trabajo. Es cierto que esta propuesta de solución supone un mayor coste para la Administración Pública, especialmente gravoso en el marco económico actual; pero no se puede olvidar que el origen de la relación indefinida que se extingue se halla en el uso irregular de la contratación temporal ni el riesgo que, en caso contrario, se genera al establecer una vía fácil y económica para extinguir contratos de trabajo concertados en el sector público. Ello se traduce, además, en una derogación en la práctica de las normas sobre contratación temporal, no sólo de sus limitaciones y reglas para evitar un uso fraudulento (entre ellas, la conversión del contrato temporal en indefinido, aunque no fijo, por aplicación respetuosa de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad), que deben actuar para prevenir los abusos en la contratación temporal y no para convertirse en una opción más favorable para el sujeto infractor de estas reglas; también se respetan las reglas para el cálculo de la indemnización correspondiente.

Además, mientras que la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario se presenta como una causa de extinción del contrato indefinido no fijo que encaja en el art. 49.1 b) del ET porque se adecua a la peculiar naturaleza de esta modalidad contractual, manteniéndose el puesto de trabajo que se ocupa ahora por su titular; en el supuesto en que se amortiza la plaza surge la cuestión

acerca de qué razones justifican su supresión. Y es que, para que exista causa justa para extinguir el contrato de trabajo, han de concurrir ciertas circunstancias que justifiquen la supresión del puesto de trabajo, lo que, en definitiva, implica la aplicación del régimen jurídico de los arts. 51 y 52 del ET y, especialmente, la necesidad de analizar la efectiva concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que justifiquen la propia amortización del puesto de trabajo, si bien con derecho a indemnización. Sólo así se evita la extinción del contrato de trabajo sin causa justa y sin protección para el trabajador y, en consecuencia, sólo así se respetan las normas que han de garantizar una protección al trabajador en caso de despido.

Informes y Documentos

NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA DURANTE 2014*

1. EVOLUCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

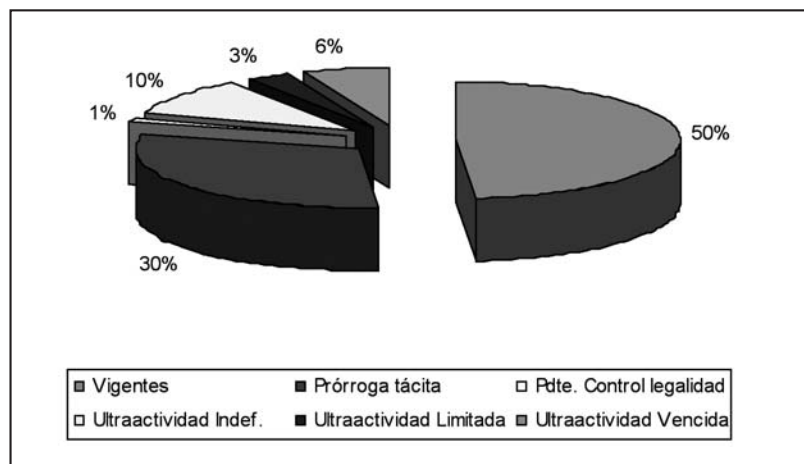
El año 2014 ha finalizado con 706 convenios colectivos con vigencia expresa y que han dado cobertura a 1.161.340 trabajadores y 203.414 empresas. Estas cifras suponen recuperar la cifra del millón de trabajadores bajo cobertura de un convenio colectivo con vigencia expresa perdida en los años 2012 y 2013, llegando a superar las tasas de cobertura del año 2011, en más de 100.000 trabajadores.

El año comenzaba a 1 de enero de 2014 con 400 convenios colectivos en vigencia expresa (75 de sector y 325 de empresa) que afectaban a 99.782 empresas y 674.121 trabajadores. Por tanto, a comienzo de año, el 30% de las aproximadamente 1340 unidades de negociación andaluzas existentes a principio de año se encontraban en vigencia expresa. Al finalizar el año, eran 706 los convenios con vigencia expresa, 123 de sector y 583 de empresa, que daban cobertura a 203.414 empresas y 1.161.340 trabajadores. Junto a este 50% de convenios colectivos con vigencia expresa, se encontraban a final de año un 30% de convenios colectivos (30 de sector y 406 de empresa) en situación legal de prórroga tácita, al haber finalizado su vigencia en años anteriores y no haber sido denunciado por ninguna de las partes. Asimismo se encontraban denunciados 286 convenios, de los cuales 150 convenios tenían cláusulas de ultraactividad por tiempo indefinido, es decir, establecían el mantenimiento de los mismos hasta la firma del siguiente convenio. Y, 45 se encontraban denunciados y no tenían cláusulas de ultraactividad por tiempo indefinido, o bien tenían pactos de ampliación de ultraactividad por tiempo limitado. Los restantes 91 convenios colectivos denunciados (11 de sector y 80 de empresa) se encontraban a 31 de diciembre con el período de ultraactividad de un año tasado legalmente finalizado. No obstante, la finalización formal de la vigencia de la ultraactividad del convenio no está implicando en muchos casos la desaparición de la unidad negociadora, por lo que la cifra de convenios que podrían decaer se está demostrando responder al momento temporal en el que se realiza la foto fija del estado de la negociación, pues las negociaciones continúan y en algunos supuestos se están firmando convenios ya decaídos con eficacia retroactiva. Ello explica que a principios de año se podían contabilizar 118 convenios colectivos con el periodo de

* Informe elaborado por los servicios técnicos del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

ultraactividad finalizado y sin embargo a final de año fueran sólo 91 convenios colectivos los convenios en esta situación, es decir, el 6% de las unidades de negociación existentes al finalizar el año (en torno a 1449 unidades de negociación a 31 de diciembre).

Estado del total de unidades de negociación en Andalucía a 31 de diciembre.

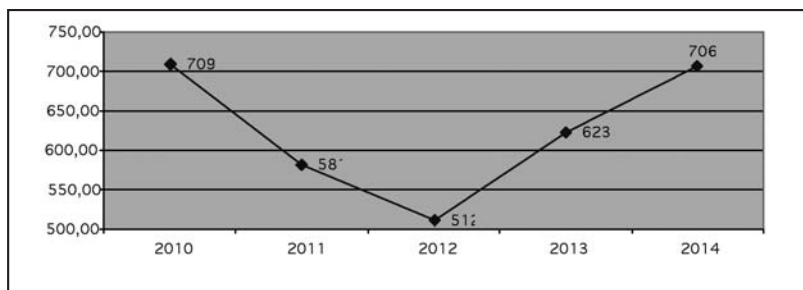


Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

En cualquier caso, la cifra de convenios colectivos en vigencia expresa corrobora el cambio de tendencia muy significativo iniciado en el año 2013, pues desde el año 2007 la cifra de convenios venía decreciendo paulatinamente, hasta tocar en el año 2012 la menor cifra de convenios con vigencia expresa en los últimos 20 años, con ratios similares a los años 1993 y 1994. Con la cifra actual (706) nuestra comunidad autónoma recupera los ratios de convenios colectivos con vigencia expresa del año 2010. En este aspecto, nuestra comunidad se ha comportado de manera diferente al resto del estado, pues a nivel global la negociación colectiva no ha alcanzado aún los ratios de 2010 (2.087 convenios en el año 2014 frente a 5.067 del año 2010¹).

¹ Según datos suministrados en el Avance mensual de febrero de 2015 de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo elaborada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Evolución número de convenios colectivos vigentes en Andalucía



Fuente: Consejo Andaluz de relaciones Laborales

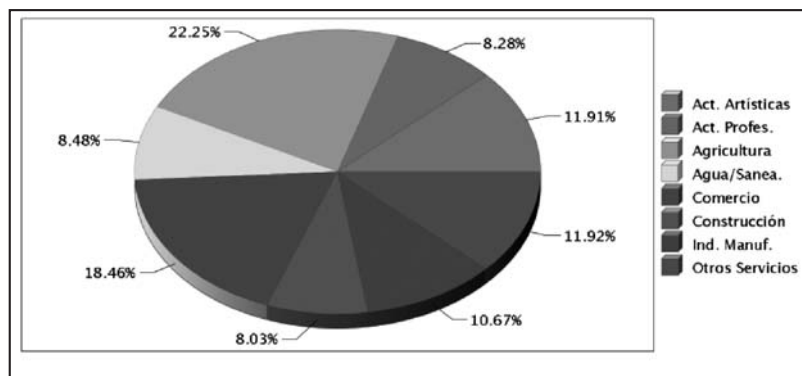
2 ANÁLISIS DE CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES

Centrando el análisis en los 706 convenios colectivos con vigencia expresa en Andalucía en 2014, podemos observar como la gran mayoría corresponden a un ámbito funcional negociador de nivel de empresa o inferior, alcanzando a 583 de los convenios vigentes, lo que supone el 82,58% del total; por el contrario, los convenios de sector suponen 123 del total, es decir, un 17,42% de los mismos. De la totalidad de esos convenios, 293 son “originarios” —esto es, han sido recepcionados a lo largo de este año por el CARL—, mientras que el resto de los convenios, 413 son “revisados” —esto es, firmados durante años anteriores que continúan vigentes en 2014—.

La extensión territorial de su eficacia o ámbito geográfico, permite afirmar respecto a la distribución provincial de estos convenios, que el mayor índice de actividad negociadora se localiza en la provincia de Málaga, desplazando de esta forma a Cádiz y Sevilla, provincias que siempre habían tenido más convenios colectivos con vigencia expresa que Málaga.

Atendiendo al tipo de actividad económica y al número de trabajadores que acogen, los convenios más significativos de la Comunidad Autónoma andaluza son: los del sector agropecuario que dan cobertura al 22,25% de los trabajadores, seguido por el comercio, con el 18,4% del total de los trabajadores.

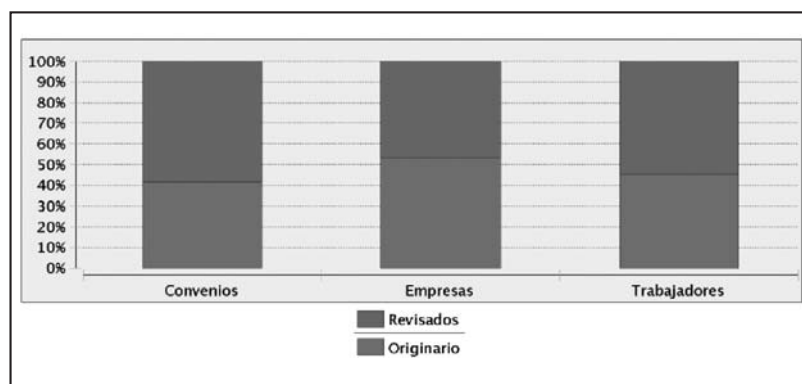
Convenios de sectores más significativos (nº de trabajadores)



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

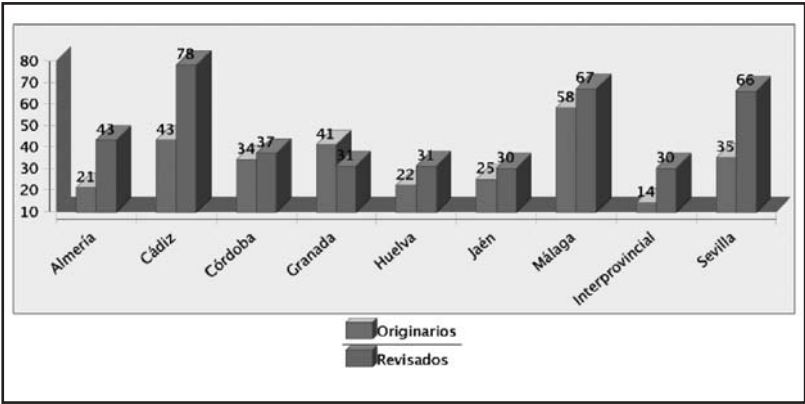
De los 706 convenios vigentes en Andalucía, los textos que pueden considerarse como originarios del año 2014, son 293, y suponen el 41,5% del total. Esta proporción se mantiene -aunque con algunas alteraciones- a nivel provincial, como puede observarse en los cuadros siguientes:

Convenios originarios-Convenios Revisados. Porcentajes de afectación



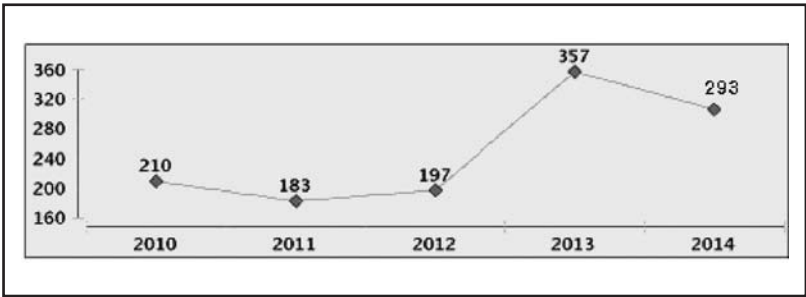
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Convenios Originarios-Convenios Revisados. Distribución Provincial



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Evolución del número de convenios originarios



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Si dentro de los convenios originarios, circunscribimos el análisis a los primeros convenios, vemos como se han recepcionado un total de 104, siendo Málaga la provincia más destacada en este aspecto.

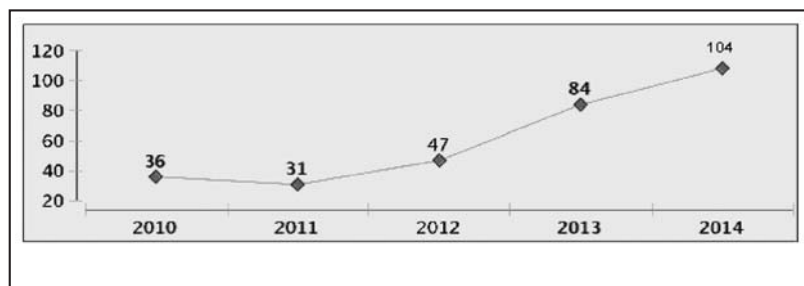
Convenios Originarios / Primeros Convenios

Ámbito geogr.	Convenios Originarios			Primeros Convenios		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	21	4,042	19,379	6	6	492
Cádiz	43	747	14,551	12	12	378
Córdoba	34	14,874	119,697	16	16	377
Granada	41	7,015	67,818	20	20	477
Huelva	22	2,253	25,112	4	4	90
Jaén	25	43,043	96,864	9	9	398
Málaga	58	34,477	157,039	21	21	869
Interprovin- cial	14	32	5,321	5	5	179
Sevilla	35	1,976	16,983	11	11	1,303
Total	293	108,459	522,764	104	104	4,563

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

En cuanto a la evolución de los primeros convenios, cabe destacar que de los 104 primeros convenios, todos ellos son de empresa. En este sentido no parece baladí señalar que la LRL introduce la prioridad aplicativa del convenio de empresa en determinadas materias, pudiendo ser esta la causa del acentuado desarrollo que los mismos han tenido a lo largo del año.

Evolución del número de primeros convenios



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Cuando se pasa a analizar el ámbito funcional de los convenios vigentes, al examinar la distribución de la actividad negociadora entre convenios de empresas y de sector, se observa que, de forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. De esta forma, de los 706 convenios vigentes, 583 son convenios de empresa o de ámbito inferior, lo que significa un 82,5% del total. Sólo 123 de los vigentes son convenios de sector, lo que supone el 17,4 % del total.

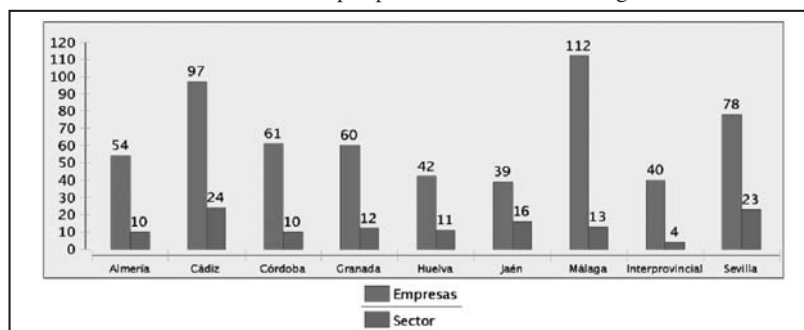
Convenios vigentes sector/empresa

Ámbito geogr.	Convenios de Sector			Primeros Empresas		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	10	8,845	92,475	54	54	4,660
Cádiz	24	16,573	109,650	97	97	10,474
Córdoba	10	20,050	142,009	61	61	5,249
Granada	12	13,200	92,915	60	60	3,413
Huelva	11	2,706	28,865	42	42	5,810
Jaén	16	51,980	128,517	39	39	4,567
Málaga	13	49,444	211,268	112	112	10,666
Interprovincial	4	417	4,420	40	40	35,080
Sevilla	23	39,616	257,142	78	78	14,161
Total	123	202,831	1,067,261	583	583	94,080

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Sin embargo, esta situación se altera drásticamente si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación personal, ya que resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa. La situación descrita es una pauta que se reitera en todas las provincias andaluzas

Ámbito funcional por provincias. Convenios vigentes



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

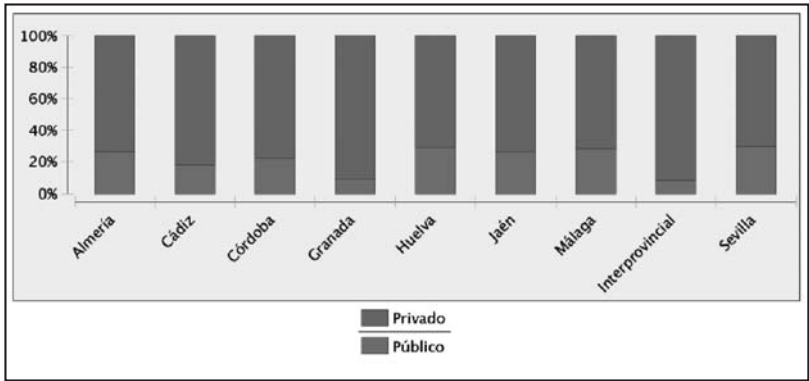
Convenios colectivos vigentes de empresa. Empresas y trabajadores afectados

Ámbito geogr.	CONVENIOS DE EMPRESA			
	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	54	54	4,660	0.22%
Cádiz	97	97	10,474	0.53%
Córdoba	61	61	5,249	0.69%
Granada	60	60	3,413	0.17%
Huelva	42	42	5,810	0.26%
Jaén	39	39	4,567	0.15%
Málaga	112	112	10,666	0.24%
Interprov.	40	40	35,080	0.02%
Sevilla	78	78	14,161	0.18%
Total	583	583	94,080	0.20%

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Tal y como se observa en la tabla, del examen de los convenios de empresa en relación con su particular ámbito de aplicación, se deduce que son mayoritarios aquellos que corresponden a empresas privadas.

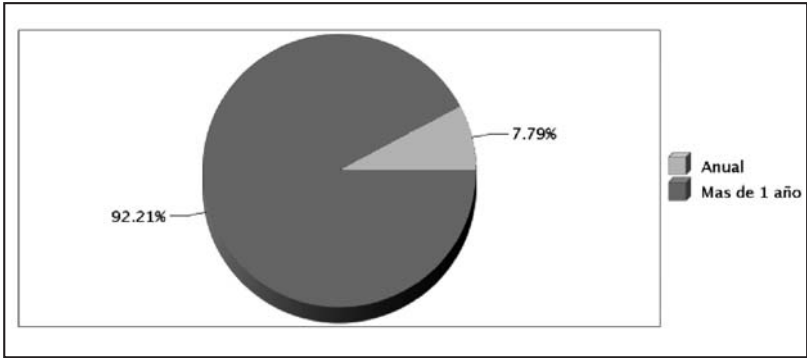
Convenios vigentes de empresa. Porcentajes provinciales según ámbito público/privado



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Por lo que se refiere al periodo de vigencia determinado en los convenios en el momento de su suscripción, sigue constatándose un fuerte predominio de aquellos que se han pactado por un periodo de duración superior al año, frente a los que se han ultimado con una vigencia de carácter anual.

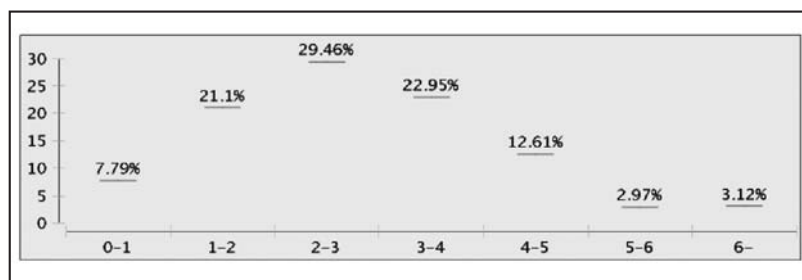
Convenios originarios anuales/supraanuales



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

La distribución de vigencias entre los convenios supraanuales implica que son mayoritarios los convenios que fijan un periodo de hasta 3 años de vigencia, suponiendo el 29% del total de los convenios vigentes en Andalucía, al igual que ocurría en la anualidad anterior.

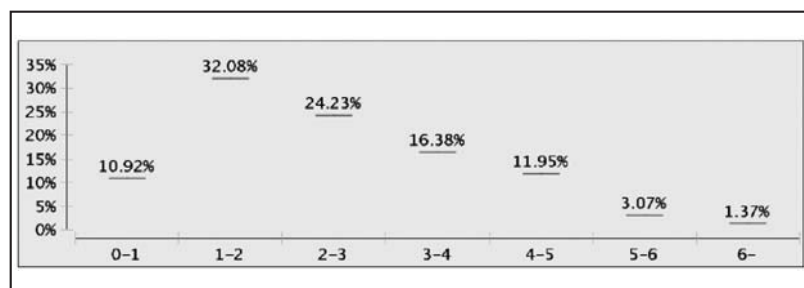
Convenios colectivos vigentes. Ámbito temporal



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

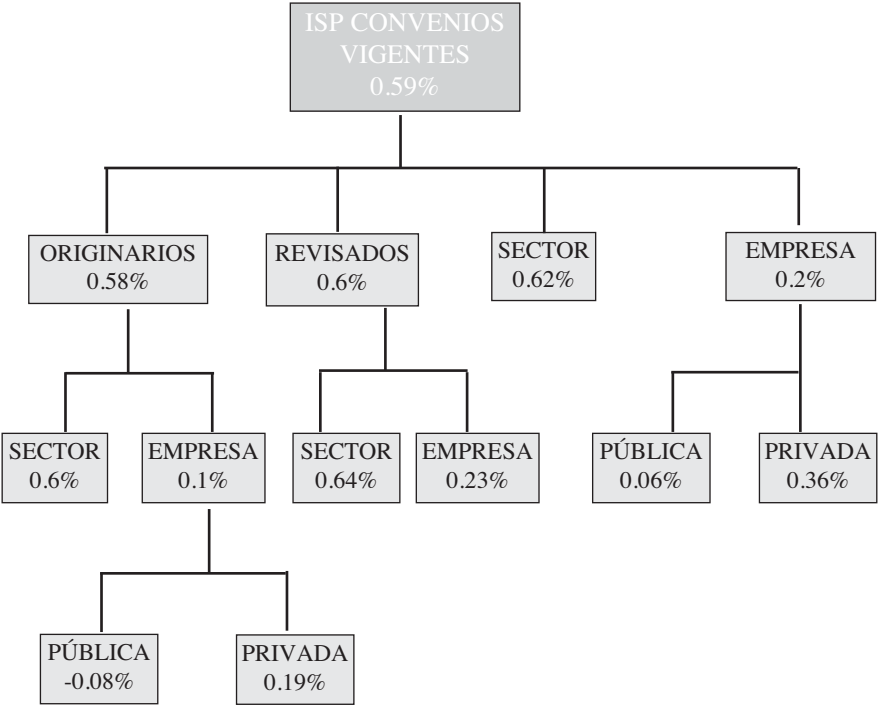
Si centramos el análisis de las vigencias en los convenios originarios del año 2013 vemos como la tendencia hacia convenios de duración hasta tres años no se mantiene, pues los convenios con una mayor presencia son los que fijan un período de hasta 2 años de vigencia (32%). Ello supone un cambio respecto al año 2013 en el que los convenios originarios fueron mayoritariamente firmados con una vigencia de hasta tres años

Convenios colectivos originarios. Ámbito temporal

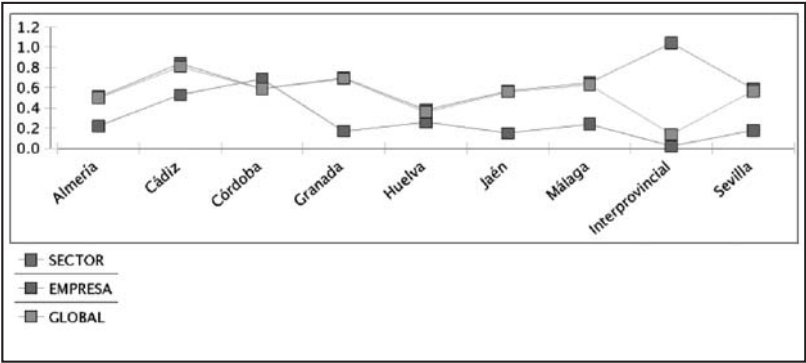


Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

El incremento salarial ponderado (I.S.P.) en cómputo total, pactado durante el año 2013 se situó en 0,59%, siendo más alto en los convenios de sector (0,62%) que en los de empresa (0,2%). Los convenios colectivos suscritos en el año 2014 reflejan unos incrementos similares.

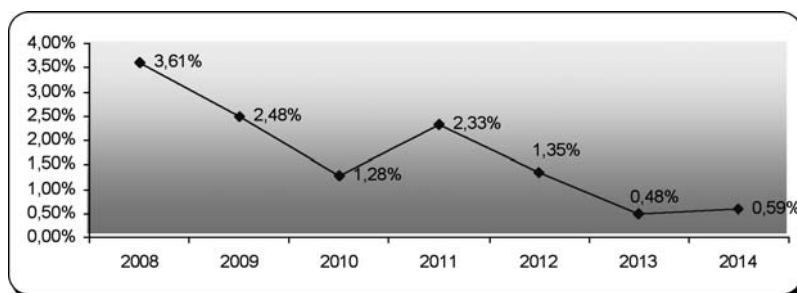


ISP en convenios vigentes (según sector-empresa) a nivel provincial



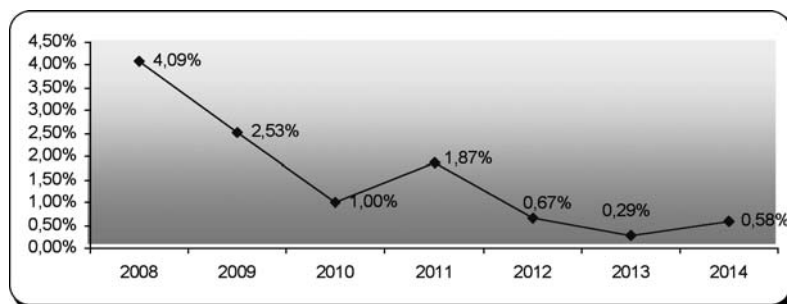
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Comparativa interanual I.S.P. convenios vigentes



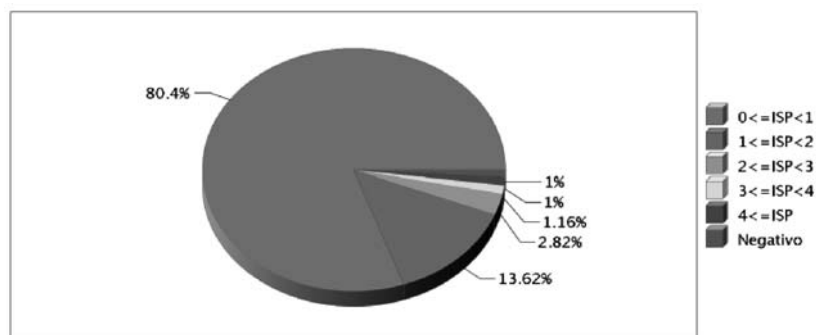
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Comparativa interanual I.S.P. convenios originarios



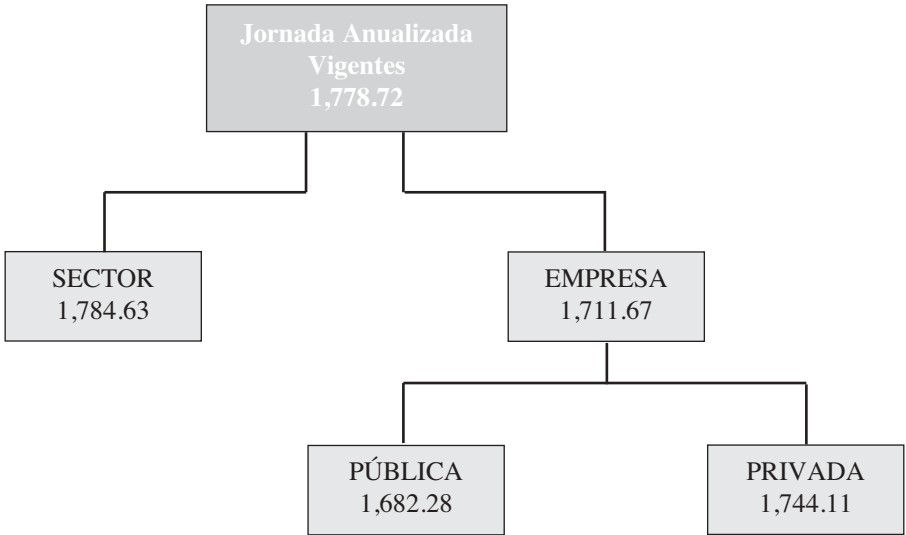
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Convenios colectivos vigentes agrupados por tramos de I.S.P.



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Por lo que respecta a la determinación de la jornada debemos indicar que, una vez anualizada y ponderada, es decir, haciendo coincidir el módulo de cómputo de la misma sobre una base uniforme, realizando para ello la correspondiente transformación en los textos que fijan dicha jornada en cómputo semanal. La media ponderada de la jornada de trabajo sobre el total de convenios queda fijada en 1778,72 horas.

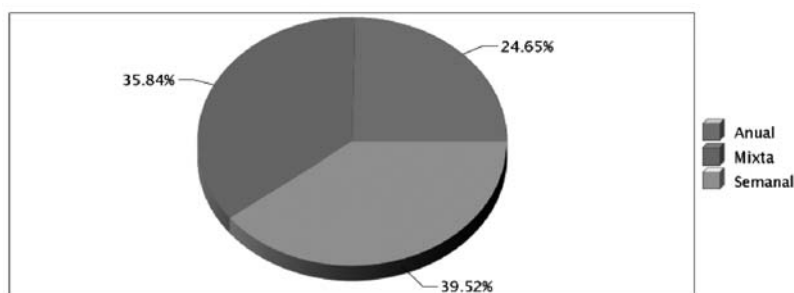


Jornada promedio convenios colectivos vigentes

Ámbito geográfico	Jornada Anualizada	Jornada Semanal	Jornada Anual
Almería	1,818.35	39.90	1,819.76
Cádiz	1,766.76	38.96	1,774.38
Córdoba	1,771.48	39.30	1,741.46
Granada	1,782.04	39.52	1,771.53
Huelva	1,785.38	39.63	1,793.22
Jaén	1,775.50	38.91	1,776.49
Málaga	1,788.29	39.82	1,773.15
Interprovincial	1,714.96	37.78	1,699.59
Sevilla	1,774.76	38.95	1,774.26
Total	1,778.72	39.30	1,776.05

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Módulo Determinación de la Jornada de Trabajo de Convenios Colectivos Originarios



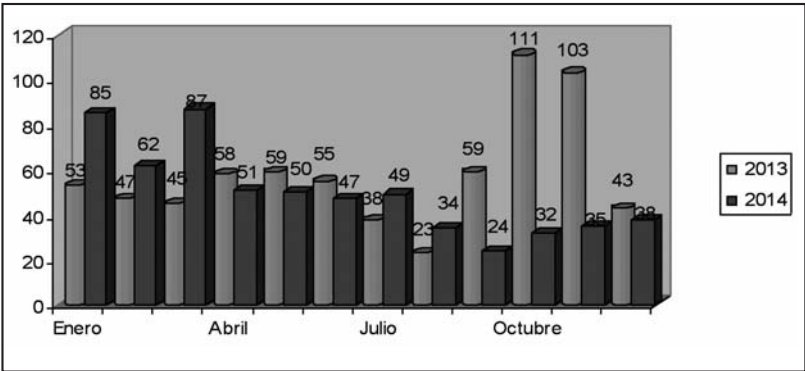
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

3. INAPLICACIONES DE CONDICIONES DE TRABAJO PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO

El fenómeno de las inaplicaciones de convenios colectivos, casi inédito en nuestra práctica negocial hasta la reforma laboral de 2012, se ha consolidado en el año 2014, si bien comienza a disminuir respecto a 2013. Frente a los 248 expedientes de inaplicación registrados en Andalucía en el año 2012, y los 699 expedientes de inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos del año 2013, en 2014 han sido 597 los expedientes de inaplicación presentados para su depósito ante la Autoridad Laboral en nuestra comunidad. A estos expedientes están afectados un total de 10.725 trabajadores, un 16,8% menos de trabajadores que los afectados por las inaplicaciones depositadas en 2013.

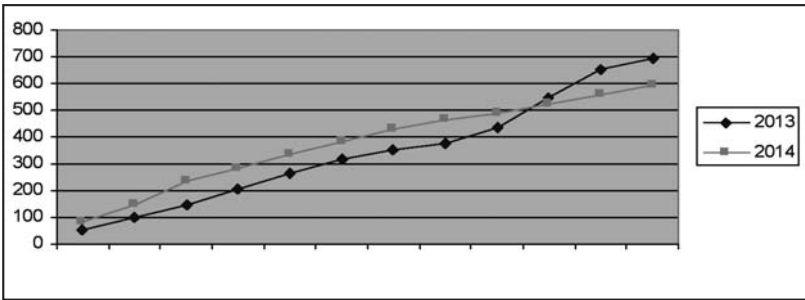
En las siguientes gráficas y tablas pueden observarse la evolución de las inaplicaciones de convenios colectivos a lo largo del año 2014 y su distribución por provincias

Gráfica nº 1. Expedientes comparados por meses de los ejercicios 2013 y 2014



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Gráfica nº 2. Expedientes por meses (acumulados), comparando los ejercicios 2013 y 2014



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Son las provincias de Granada, Córdoba y Cádiz, las que tienen un mayor número de inaplicaciones en el año 2014. No obstante, si se analiza el número de trabajadores afectados por las mencionadas inaplicaciones puede observarse como son las provincias de Málaga, Córdoba, Sevilla, Granada y Cádiz, respectivamente, las que integran el mayor número de trabajadores afectados, a diferencia con Almería, Huelva y Jaén, que tienen una afectación mas reducida, en algunos casos hasta la mitad de números de trabajadores.

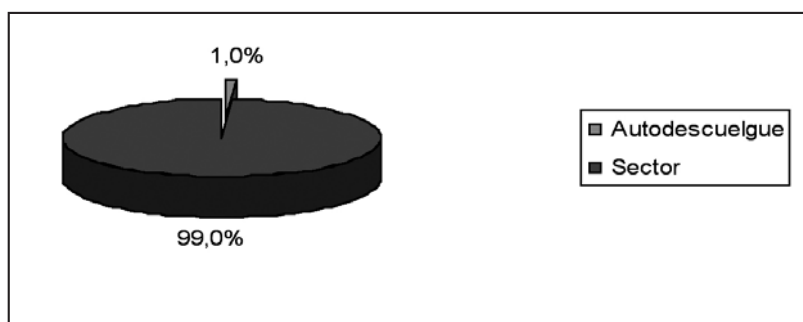
Gráfica nº 3. Número de expedientes por provincias

	Expedientes	Trabaj.
Almería	26	795
Cádiz	99	1.353
Córdoba	107	1.530
Granada	138	1.374
Huelva	22	685
Jaén	35	1.005
Málaga	92	1.856
Sevilla	65	1.529
C.A.Andalucía	13	598
Total	597	10.725

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Si analizamos el ámbito de los convenios colectivos inaplicados encontramos que 591 son de sector, mientras que 6 son de empresa.

Gráfica nº 4. Expedientes según ámbito



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

En cuanto a los sectores de actividades afectados por la inaplicación de condiciones laborales, es el sector del Comercio el que mayor incidencia ha presentado, con un total de 126 inaplicaciones de convenio colectivo, seguidos de los sectores del Metal/Automoción con 96, el sector de la Hostelería 84, el sector de la construcción 70, seguidos del sector de Oficinas y Despachos con 43, el sector de Dependencia de Mayores/Asistencia Sanitaria con un total de 40, el sector del Transporte con 24 inaplicaciones de convenios colectivos, el sector de la Madera 14 y el de la limpieza 8 descuelgues de convenio colectivo.

El sector que mayor incidencia ha tenido en cuanto a número de trabajadores afectados por la inaplicación de convenio se refiere, ha sido el sector de Dependencia de Mayores/Asistencia Sanitaria (2.398), seguidos por el de la Hostelería (1.778), dando un gran salto de números de trabajadores afectos el sector de Metal/Automoción (1.025), el sector Comercio (951), seguidos por el sector de la Construcción (806).

Gráfica nº 5. Resumen expedientes por sectores

	Expedientes	Trabaj.
Comercio	126	951
Construcción	70	806
Dependencia/Actividades Sanitarias	40	2.398
Hostelería	84	1.778
Limpieza	8	136
Madera	14	197
Metal/Automoción	96	1.025
Oficinas y Despachos	43	321
Otros	92	2.929
Transporte	24	184
Total	597	10.725

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

En lo referente a la inaplicación por materias, los descuelgues se han efectuado atendiendo a un factor casi en exclusiva: el salario.

En el año 2014 el salario ha sido objeto en 471 inaplicaciones de convenios colectivos, afectando a 7.507 trabajadores, ya sea mediante reducción de las retribuciones globales en un porcentaje, por la desaparición de complementos o paga adicional. Si sumamos los datos extraídos de las inaplicaciones de convenios que afectan al salario, sea de manera individual o conjuntamente con el resto de materias susceptibles de inaplicación, se observa que tan sólo 15 inaplicaciones no han afectado al salario.

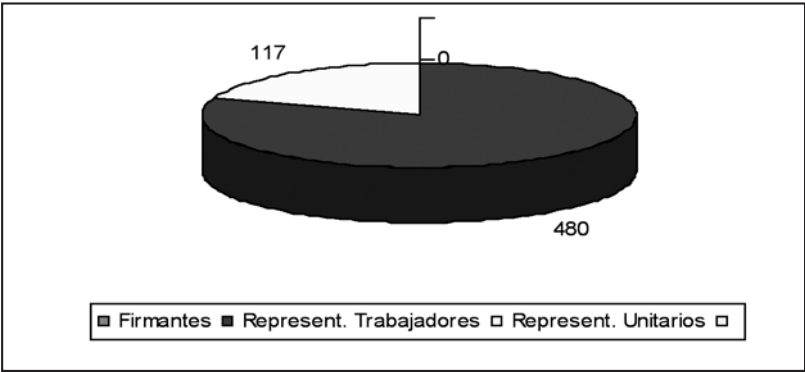
Gráfica nº 6. Expedientes según materias a inaplicar

Materias	Cuenta de Empresa	Suma de Trabajadores
Jornada/Horario	15	296
Jornada+Salario	79	1.874
Jornada+Salario+horario	1	3
Jornada+Salario+Movilidad Funcional	1	25
Jornada+Salario+S.Social	8	116
Salario+S.Social	22	904
Sistema/Cuantía Salarial	471	7.507
Total	597	10.725

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

En cuanto a los firmantes en los descuelgues de convenios, señalar que a través de Representación Unitaria se han producido 117 inaplicaciones de convenios, mientras 480 acuerdos han sido adoptados por una comisión de representantes de los trabajadores de la empresa, atendiendo al artículo 41.4 párrafo 4 del Texto Refundido de los Estatuto de los Trabajadores

Gráfica nº 7. Expedientes según firmantes



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Se ha alcanzado 8 acuerdos a través de mediación el en SERCLA, no habiendo ningún laudo arbitral, mientras que el resto de los expedientes corresponden con acuerdos alcanzados en período de consulta.

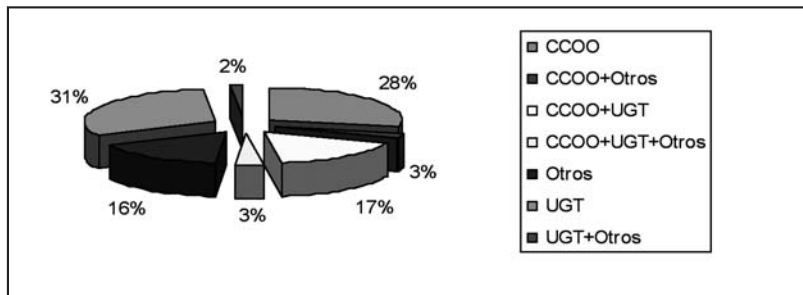
Gráfica nº 8. Expedientes según tipo de acuerdos

Tipo Acuerdo	CuentaDeEmpresa	Suma De Trabajadores
Mediación SERCLA	8	928
Periodo Consultas	589	9.797
Laudos	0	0
Total	597	10.725

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Dentro de la Representación Unitaria es posible desagregar los Sindicatos firmantes:

Gráfica nº 9. Expedientes acordados por representación unitaria.



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

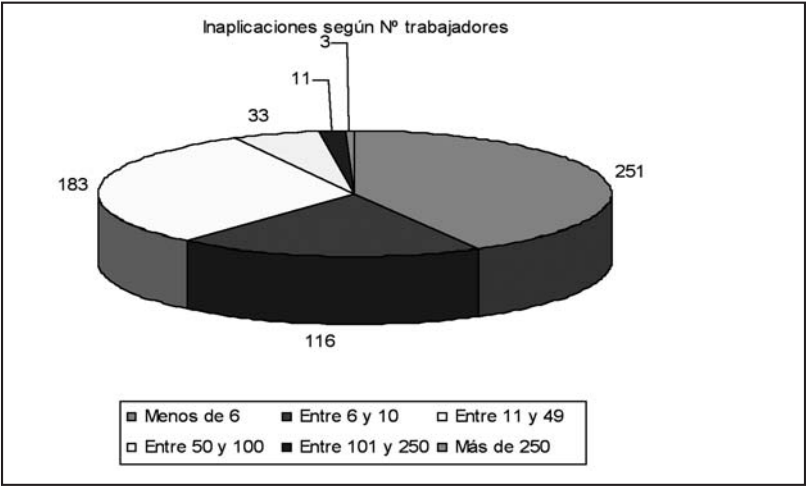
Gráfica nº 10. Expedientes por Organizaciones

Sindicatos	Cuenta de Empresa	Suma de Trabajadores
CCOO	33	1.813
CCOO+Otros	3	168
CCOO+UGT	20	1.214
CCOO+UGT+Otros	4	977
Otros	19	295
UGT	36	1.211
UGT+Otros	2	69
Total	117	5.747

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Atendiendo a la dimensión de las empresas que han inaplicado condiciones de trabajo, podemos observar que 251 empresas son de menos de 6 trabajadores, 116 tienen entre 6 y 10 trabajadores y 183 entre 11 y 49. Vemos por tanto que el 92% de las empresas que han inaplicado condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo son de menos de 50 trabajadores.

Gráfica nº 11. Empresas en función del número de trabajadores.



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Comentarios de Jurisprudencia

LA DELIMITACIÓN DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL EN LAS ELECCIONES A REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

*Sentencia del Tribunal Supremo
(Sala de lo Social), de 11 de febrero de 2015*

MARÍA DEL JUNCO CACHERO*

SUPUESTO DE HECHO: El sindicato U.G.T. demanda a la empresa P.B.S.E., a D^a. E., al sindicato CC.OO. y al Grupo de Trabajadores Independientes, reclamando la nulidad del preaviso de elecciones presentado para un solo centro de trabajo de la empresa citada sin contar con el resto de los centros que dicha empresa tiene en Madrid. El Juzgado de lo Social n^o. 41 de Madrid,¹ desestima dicha demanda y U.G.T. recurre en suplicación al Tribunal Superior de Justicia de Madrid², el cual estima dicho recurso y deja sin efecto el preaviso para el centro que se llevaba a cabo y todo el proceso electoral posterior, declarando que tanto ese centro como los demás forman una única circunscripción electoral, debiendo existir un único preaviso electoral y un censo para la elección de un comité de empresa conjunto.

D^a. E. recurre en casación para la unificación de doctrina y el Tribunal Supremo³ lo estima. Casa y anula la sentencia de suplicación y confirma la sentencia del Juzgado de lo Social n^o. 41 de Madrid.

RESUMEN: Nos encontramos ante un vaivén de resoluciones judiciales para “intentar” delimitar por parte de cada una de estas instancias judiciales qué es o qué se debe entender por circunscripción electoral a efectos de preavisar elecciones a representantes de los trabajadores. La clave en cada una de estas sentencias se basará en el concepto de centro de trabajo. Además debe unirse a ello la excepcionalidad establecida por el legislador, en la que se mezcla una variación de circunscripción electoral –serán varios centros de trabajo- y el peculiar órgano que se elige –ni delegado de personal, ni comité de empresa-, sino el denominado comité de empresa conjunto.

* T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. LA CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL
2. POSIBILIDADES DE ELECCIÓN: DELEGADOS DE PERSONAL Y COMITÉ DE EMPRESA
3. LA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL: EL COMITÉ DE EMPRESA CONJUNTO

1. LA CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL

El origen de la sentencia que vamos a comentar, arranca con el preaviso de 28 de octubre de 2010, que presenta D^a. E. - representante de los trabajadores-, de celebración de elecciones a órgano de representación de los trabajadores en la empresa P.B.S.E., concretamente en el centro de trabajo de la C/ Velázquez nº 13, de Madrid, afectando dicha elección a 21 trabajadores.

Se constituye la Mesa electoral el 29 de noviembre de 2010 y la representante de U.G.T. presenta reclamación solicitando la nulidad del proceso por no haber convocado a todos los trabajadores que componen el censo. El 3 de diciembre de 2010 se celebraron elecciones, resultando elegida D^a. E. del Grupo de Trabajadores Independientes.

Es importante resaltar las fechas de estos acontecimientos relatados, pues desde el 1 de diciembre de 2009, es decir, casi once meses antes de la presentación del preaviso de elecciones, la empresa comunica al Comité de Empresa de Madrid⁴ que había procedido a dar de alta un número de centros de trabajo en Madrid⁵.

Así pues, el tema primordial- es delimitar qué debe entenderse por circunscripción electoral, es decir, de cuales centros y qué trabajadores, están convocados a elegir sus representantes.

¹ Sentencia del Juzgado de lo Social nº.41 de Madrid, de 6 de junio de 2011.

² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 18 de julio de 2012.

³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 11 de febrero de 2015.

⁴ Con anterioridad a esta ampliación de centros de trabajo en Madrid existía un solo centro de trabajo dado de alta, identificado como C/ Velázquez nº. 13, en el cual se celebraron en su día elecciones sindicales que dieron lugar a la constitución de un Comité de Empresa formado por 5 miembros. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 11 de febrero de 2015.

⁵ Raimundo Fernández Villaverde, 79: 4 trabajadores; Plaza de Callao, 2: 3 trabajadores; Goya, 75: 3 trabajadores; Avda. de los Andes, 50: 4 trabajadores; Padre Huidobro (Pozuelo de Alarcón): 4 trabajadores; Princesa, 56: 3 trabajadores; Margarita de Parma: 4 trabajadores y Serrano, 47: 3 trabajadores. Total: 28 trabajadores más.

La circunscripción electoral identifica⁶ el ámbito en el que va a desarrollarse el proceso electoral: la empresa o el centro de trabajo⁷.

Nuestra legislación en materia de representación del personal no está elaborada pensando en lo que constituye actualmente el modelo dominante de organización empresarial⁸, empresas que se componen de un número, a veces, elevado de centros de trabajo, en los que en cada uno de ellos ocupan a un reducido grupo de trabajadores. Dicha situación afecta considerablemente al tema representativo. La norma establece un mínimo de 6 trabajadores en el centro o en la empresa para poder elegir representante.

Son pues, dos situaciones las que se plantean. Por un lado, el número de trabajadores que debe componer cada circunscripción electoral para elegir representante y por otro, con qué identificamos esta circunscripción electoral: con el centro o con la empresa.

En materia electoral la identificación de lo que constituye la unidad electoral básica se ha venido haciendo a partir de una interpretación estricta⁹ de la definición de centro de trabajo contenida en el art. 1.5 ET, donde se señala que por el mismo debe entenderse “la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta como tal, ante la autoridad laboral”, concepto éste que aparece reiterado en el art. 5.1 del Real Decreto 1844/1994¹⁰.

Pero el proceso electoral puede llevarse a cabo tanto a nivel de empresa como a nivel de centro de trabajo, de forma que en empresas con varios centros de trabajo cabe celebrar elecciones en cada uno de ellos, siempre que cuenten con el número mínimo de trabajadores exigibles. En estos casos de empresas con

⁶ Fita Ortega, F. (coord.): *Laudos arbitrales de elecciones sindicales en la provincia de Valencia*. Tirant lo Blanch. Valencia 2008. Pág. 135.

⁷ Art. 62.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET.: “La representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tengan menos de cincuenta y más de diez trabajadores corresponderá a los delegados de personal.....”. Art. 63 ET: “El comité de empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para”

⁸ Cruz Villalón, J.: *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*. Editorial Trotta. Madrid 1992. Pág. 41.

⁹ Fita Ortega, F. (coord.): *Laudos arbitrales de elecciones.....*op. cit. Tirant lo Blanch. Valencia 2008. Pág. 141.

¹⁰ Art. 5.1 Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa: “Se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”.

pluralidad de centros hay que tener en cuenta la regla excepcional que establece el art. 63.2 ET¹¹.

Para el Tribunal Supremo, es claro que la unidad electoral es el centro de trabajo, manifestando que “ello se desprende de los siguientes preceptos del ET: arts. 62 y 63, donde pese a que el órgano de representación se denomina “comité de empresa”, es obligada su constitución “en cada centro de trabajo”¹²; art. 67, que sólo autoriza a promover elecciones a los “trabajadores del centro de trabajo” y obliga a precisar en la comunicación de la promoción de elecciones el “centro de trabajo” en que se va a celebrar; art. 68, que al regular el crédito horario lo atribuye al “delegado de personal de cada centro de trabajo”; art. 74, que vuelve a hablar de las elecciones “en centros de trabajo” y art. 76.5, que alude a “las candidaturas en el centro de trabajo en el que se hubiera celebrado la elección”¹³.

“Con arreglo al art. 63.1 del ET, el centro de trabajo constituye la regla general de unidad electoral, con la única excepción del supuesto previsto en el art. 63.2 ET; debiendo entenderse por centro de trabajo la unidad productiva, con organización específica y funcionamiento autónomo, aún no siendo independiente del conjunto de la empresa, y que tiene efectos y repercusiones específicas en el ámbito laboral”¹⁴, lo que nos hace concluir que para que la empresa sea unidad electoral debe ser de carácter unicelular, pues en caso contrario, en una empresa pluricelular, habrá que analizar cada uno de sus centros de trabajo, lo que nos lleva a poder o no a promover elecciones en todos y cada uno de ellos o por el contrario a tener que llegar a agregar los mismos, conforme a lo establecido en el art. 63.2 ET.

Los centros que se comunican al Comité de Empresa de Madrid en el supuesto que nos ocupa, han sido dados de alta en la Tesorería General de la Seguridad Social con un código de cuenta propio, en la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid y en la Agencia Tributaria a efectos del

¹¹ Art. 63.2 ET: “En las empresas que tengan en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto. Cuando unos centros tengan cincuenta trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro”.

¹² Se sobreentiende que en cada centro de trabajo según e número de trabajadores se elegirá delegado de personal o comité de empresa.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 11 de febrero de 2015.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 11 de febrero de 2015.

Impuesto de Actividades Económicas. Se encuentran ubicados dentro de las instalaciones de la entidad El Corte Inglés. Cada uno tiene un régimen de pedidos y facturación independiente dentro de la empresa y su calendario laboral propio. La empresa tiene externalizado el Servicio de Prevención y la confección de nóminas, constando en ambos casos como centros de trabajo autónomos¹⁵.

El planteamiento de la parte recurrente ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid –instancia anterior de la sentencia que se comenta- es que se declare a los centros de trabajo compuestos por el personal que presta sus servicios en los “stands” de los centros de El Corte Inglés ubicados en la provincia de Madrid y al centro de trabajo sito en la C/ Velázquez nº.13 como una única circunscripción electoral, correspondiendo a todos ellos la elección y constitución de un comité de empresa conjunto. Comprobamos la confusión terminológica del mismo. Si solicita que se declare que los centros de la Empresa en cuestión son “stands”, más un centro de trabajo de la C/ Velázquez, o a los “stands” los considera centros, o la Empresa no tiene más centro de trabajo que el de la C/ Velázquez y el resto son simples lugares de trabajo. Esto último constituye su argumento, pues matiza “que el hecho de que cada centro haya sido dado de alta como tal es una mera formalidad que no conlleva la declaración como centro de trabajo; que es normal que el régimen de pedidos y facturación de cada centro sea distinto, que cada centro tenga su stock de productos para atender a las peticiones de sus clientes, productos cuyo control conlleva obligatoriamente el realizar una contabilidad y una facturación”. Pensamos que hubiera estado mejor usar el término “lugar de trabajo” para argumentar cada una de las funciones que realiza o incluso el términos “stand” como hace en otras ocasiones y no “centro de trabajo”.

Es forzada la intención de no considerar a cada uno de ellos centro de trabajo: “lo esencial es que se trate de unidad productiva y de actuar de modo autónomo, aunque haya de dotársele de aquellos soportes, complementarios de ese quehacer autónomo y diferenciado, susceptible de vida propia, que antes recibía de la unidad empresarial a la que estaba incorporada”¹⁶.

Del mismo modo sorprende la motivación que el propio Tribunal Supremo sostiene para argumentar contra la pretensión de agrupar en una sola unidad electoral a todos los “stands” y el centro de trabajo de la C/ Velázquez, como solicitó la parte recurrente ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Es

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 11 de febrero de 2015.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 18 de julio de 2012.

decir, para estimar el Tribunal Supremo el recurso que presenta D^a. E., esto es, que sólo se convoquen elecciones en el centro de la C/ Velázquez con 21 trabajadores y no se compute el total de los trabajadores de los restantes centros a efectos electorales. Sostiene que es clara la “indicada doctrina que ha sido reiterada en STS/4^a de 7 de febrero de 2012” . Y decimos que nos sorprende porque en dicha Sentencia se pretendía agrupar centros de trabajo que contaban todos ellos entre 6 y 10 trabajadores, caso que para nada es igual al que nos ocupa, pues tan sólo aquí hay un centro con 21 trabajadores y el resto oscila entre 3 y 4 trabajadores. La norma es clara, “en la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo, cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto”, art. 63.2 ET. No perdamos de vista que es una excepción a la regla general, pues de la unión de los arts. 62 y 63 ET se desprende que a partir de 6 trabajadores puede procederse a la elección de representantes. El art. 63.2 ET está pensado para cuando en algunos centros no se llegue al mínimo de trabajadores, esto es, seis.

Puede concluirse que la delimitación de la circunscripción electoral es una deficiencia de la regulación legal sobre el proceso electoral, sobre todo por la falta de una definición suficientemente clara de una delimitación legal de centro de trabajo y por la imposibilidad de acuerdo entre las partes afectadas en materia de delimitación de la unidad electoral¹⁷. Así la fijación de lo que deba entenderse por centro de trabajo y por tanto la determinación de la circunscripción electoral, no queda a la libre voluntad de las partes, sino que es un concepto acotado legalmente, correspondiendo al ordenamiento jurídico regular los supuestos excepcionales en los que el centro de trabajo no se corresponde con la circunscripción electoral¹⁸.

2. POSIBILADES DE ELECCIÓN: DELEGADOS DE PERSONAL Y COMITÉ DE EMPRESA

Como se ha establecido, con carácter general la circunscripción electoral se corresponde con el centro de trabajo, por lo que en una misma empresa pueden existir diferentes órganos de representación en función de que disponga de

¹⁷ Blasco Pellicer, C.: *El nuevo procedimiento de “elecciones sindicales: aspectos críticos*. Tirant lo Blanch. Valencia 1995. Pág. 33.

¹⁸ Romero Rodas, M^a. J. (coord.): *Aspectos conflictivos en las Elecciones Sindicales*. Editorial Bomarzo. Albacete 2006. Pág. 88.

varios centros, si bien, como excepción a la regla general que identifica circunscripción electoral y centro de trabajo, existen supuestos tasados legalmente, en los que la circunscripción es fruto de la agrupación de varios centros de trabajo, art. 63.2 ET¹⁹.

Así pues, cuando estemos en presencia de varios centros de trabajo de una empresa, en los que concurren los elementos a que se refieren los arts. 1.5 ET y 5.1 del Reglamento de Elecciones, cada centro de trabajo constituye una circunscripción electoral y exige la celebración de un proceso electoral diferenciado. Por el contrario, si se trata de puestos de trabajo diseminados o meros lugares de trabajo sin organización productiva específica, habrá de realizarse un proceso electoral único, que agrupará a la totalidad de los trabajadores.

Es pues este la circunscripción electoral, el elemento diferenciador para la celebración de elecciones, pero hay que añadir inevitablemente otro: el número de trabajadores. Y con la unión de ambos elementos obtendremos una tipología u otra de representación. Arts. 62 y 63 ET.

De esta manera, existirá delegado/s de personal o bien comité de empresa en función de la circunscripción electoral. Para delegado de personal se exigirá el menos en un centro de trabajo o en una empresa un mínimo de 6 trabajadores; para comité de empresa, en un centro o en una empresa, un mínimo de 50 trabajadores. Existe la excepción señalada en el epígrafe 1 de la posibilidad de constituir un comité de empresa conjunto cuando se agrupen varios centros de trabajo de una misma empresa cuya plantilla alcance en total los 50 trabajadores, que se abordará en el último punto de este comentario de Sentencia.

En el supuesto que comentamos, D^a. E. presentó comunicación de celebración de elecciones a órgano de representación de los trabajadores en el centro de trabajo de la C/ Velázquez n.º 13, estableciendo en la solicitud que el número de trabajadores afectados es de 21. Luego lo que se eligió y así fue, es un delegado de personal. Ella misma salió elegida.

Por su parte, U.G.T, pretendía la nulidad del preaviso por no haberse convocado a todos los trabajadores que componen el censo. Para esta parte el censo estará compuesto por los 21 trabajadores del centro de trabajo de la C/ Velázquez y el resto de los que ocupan, a su entender, “stands” en El Corte Inglés. Para ello debe de formarse una circunscripción electoral y un censo conjunto para la elección de un comité de empresa conjunto.

¹⁹ Romero Rodas, M^a. J. (coord.): *Aspectos conflictivos.....* op. cit. Editorial Bomarzo. Albacete 2006. Pág. 88.

Por otro lado, existía antes de las nuevas elecciones celebradas en la Empresa, un Comité de Empresa, compuesto por 5 miembros: “Con anterioridad a esta ampliación de centros de trabajo en Madrid existía un solo centro de trabajo dado de alta, identificado como C/ Velázquez 13, en el cual se celebraron en su día elecciones sindicales que dieron lugar a la constitución de un Comité de Empresa constituido por cinco miembros”²⁰. Lo que implica que dicho centro, en este caso dicha Empresa, contaba con una plantilla de al menos 50 trabajadores. Art. 66.1 ET: “El número de miembros del comité de empresa se determinará de acuerdo con la siguiente escala: a) De cincuenta a cien trabajadores, cinco.....”.

Comprobamos que se nos presenta una gama completa, de las posibles representaciones unitarias que nos establece la norma.

Cuando D^a. E. presenta el preaviso de elecciones para elegir un delegado de personal en su centro de trabajo de C/ Velázquez, ya era conocido la ampliación de centros que la Empresa había llevado a cabo y cabían dos posibilidades: o no considerar a los nuevos centros recientes como tales y presentar un preaviso para toda la Empresa, como pedía U.G.T., o, como hizo D^a. E., presentar sólo preaviso para el centro de trabajo donde por el número de trabajadores era viable tener un representante. Optó por esto último.

Por su lado, U.G.T. pretendía anular dicho preaviso, argumentando que tendría que ser un solo censo y un solo preaviso para todos los trabajadores que componen la Empresa. Entendía que no eran centros de trabajo aquellos que la Empresa había comunicado que les daba de alta como tal. Solicitaba un comité de empresa conjunto, por lo que aparece una clara contradicción, ya que si entendía que sólo era centro de trabajo el de C/ Velázquez, y no el resto, estaba equivocado en la petición: el comité de empresa conjunto sólo es posible para agrupar centros de trabajo y no para otra agrupación diferente, art. 63.2 ET.

Y es en la petición del comité de empresa conjunto donde radica el error. Esto no es posible, pues no se llega al número de 50 trabajadores en total, tal y como establece el art. 63.2 ET. Si se suman los 21 de la C/ Velázquez y el resto que aparecen en el Antecedente de Hecho Primero de la Sentencia que se comenta²¹, la suma total es de 49 trabajadores. Por tanto, si U.G.T. consideraba que eran meros lugares de trabajo y no centros de trabajo todos salvo el de la C/ Velázquez y pretendía un solo censo para toda la Empresa, tendría que haber solicitado que la elección fuera de tres delegados de personal y no de un comité

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 11 de febrero de 2015.

²¹ Véase nota a pie de página nº 6.

de empresa conjunto, art. 62.1 ET: “hasta treinta trabajadores, uno; de treinta y uno a cuarenta y nueve, tres”.

Ninguno de los Tribunales, ni el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, ni la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ni la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entra en este detalle, que a continuación trataremos.

3. LA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL: EL COMITÉ DE EMPRESA CONJUNTO

El art. 63.2 ET establece la excepción de la circunscripción electoral –centro de trabajo o empresa– para elegir delegado de personal o comité de empresa, mediante regulación del comité de empresa conjunto.

La posibilidad de existencia de este comité de empresa conjunto depende de dos factores: uno, que la empresa tenga dos o más centros de trabajo en la provincia o municipios limítrofes, y dos, que la menos al suma de todos los trabajadores de esos centros sea de 50. Admitiendo además la posibilidad de que “cuando unos centros tengan 50 trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro”, art. 63.2 ET.

Situándonos en el supuesto que comentamos, los centros de trabajo de toda la provincia de Madrid, no suman 50 trabajadores como se ha señalado, suman 49, por lo cual y desde ahora huelga volver a repetir que no sería posible la constitución de un comité de empresa conjunto. Si sumaran 50, U.G.T. para solicitar el comité de empresa conjunto tendría que admitir que todos son centros de trabajo (recordemos que para este Sindicato son meros “stands” para trabajar). Lo que no puede es instar a constituir comité de empresa conjunto y no reconocer que sean centros de trabajo. La norma es clara, “centros de trabajo de la misma provincia...”.

Esta regla del art. 63.2 ET se caracteriza por dos notas fundamentales²²: la primera, que se trata de una norma imperativa, que no contiene un derecho de acumulación de centros, sino una acumulación preceptiva. La segunda, que no se configura como una norma expansiva o restrictiva en términos de dimensión de la estructura representativa en la empresa, sino que resulta en sí misma neutra. Si se hacen cuentas, en algunas circunstancias resulta más favorable acumular centros, porque el comité tendrá un mayor número de miembros que delegados

²² Cabeza Pereiro, J.: *Las elecciones sindicales*. Editorial Bomarzo. Albacete 2009. Pág. 34

de personal se conseguirían al preavisarse separadamente en cada centro, pero en otras sucederá justamente lo contrario.

Y con respecto a esta acumulación de centros, según la cual podría resultar más ventajoso, o no para elegir mayor o menor número de representantes, es muy llamativo lo manifestado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid²³, predecesora de la que comentamos: “Al quedarse el preaviso electoral solo para la sede de la C/ Velázquez donde hay 21 trabajadores, se elegirá solo un delegado de personal (art. 62.1 ET), mientras que si el preaviso incluye también los “stands” se sumaría los 28 trabajadores de los diferentes centros, con lo que se elegirían 3 delegados de personal. Si se considerase que cada centro es una unidad productiva con organización específica, al no alcanzar cada centro el mínimo de 6 trabajadores no habría posibilidad de elegir delegado de personal en cada uno de ellos, y si algún día se alcanza o supera el umbral de 50 trabajadores, tampoco podría constituirse comité de empresa”²⁴. Al revés, si algún día se alcanzaran los 50 trabajadores y se consideran centros de trabajo, si que se podría constituir un comité de empresa, pero un comité de empresa conjunto, conforme al art. 63.2 ET., por supuesto incluyendo el centro de trabajo de C/ Velázquez nº. 13.

Es más, falla el Tribunal y no se acuerda de este último argumento: “revo- camos la sentencia de 6 de junio de 2011, del Juzgado de lo Social nº. 41 de Madrid, dejando sin efecto el preaviso de 28 de octubre de 2010 para el centro de trabajo de la C/ Velázquez y todo el proceso electoral posterior, declarando que tanto ese centro como los distintos “stands” que la compañía tiene en los diversos centros de El Corte Inglés en la Comunidad de Madrid forman un única circunscripción electoral, debiendo existir un único preaviso electoral y un censo conjunto para la elección de un comité de empresa conjunto”²⁵. Resumiendo, si no se considera centros a esos “stands”, ¿cómo propone la elección de un comité de empresa conjunto?. Y además, sí dejó establecido que eran 49 trabajadores, ¿cómo señala la elección de este comité?.

La Sentencia que comentamos ya que es de unificación de doctrina, podría haber optado por dejar sentada bien las bases, en el sentido de no ser posible un

²³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 18 de julio de 2012.

²⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 18 de julio de 2012.

²⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 18 de julio de 2012.

comité de empresa conjunto como pedía U.G.T., simple y llanamente, porque ni siquiera se llega al número de 50 trabajadores. Premisa que no consta en la Sentencia. Es curioso cómo se argumenta que en la sentencia de contraste “se trataba de decidir si debían integrarse en el mismo proceso electoral a los trabajadores de todas las oficinas de la empresa en la provincia, pese a no llegar ninguna de ellas a 6 trabajadores. La sentencia referencial parte de considerar a cada oficina como un centro de trabajo y, por tanto, niega que quepa llevar a cabo un proceso electoral conjunto para la elección de un único órgano de representación”. No aparece ni en una ni en otra, el requisito de tener que sumar al menos 50 trabajadores entre todos los centros de trabajo. Debe ser el dato a tener en cuenta cuando se establece que estamos en presencia de empresas de carácter pluricelular.

En definitiva, la agrupación a efectos de constituir un comité de empresa conjunto es posible cuando son varios centros de trabajo de una empresa y en alguno de ellos no se llega al mínimo de 6 trabajadores, pero en el cómputo de todos se suman al menos 50. Si alguno tiene 6 o más trabajadores y otros no, no podrán los primeros promover elecciones independientes al resto de los centros que no alcanzan ese mínimo, pero que sí suman en total 50. Si la suma no llega a 50 trabajadores, todos aquellos centros que tengan un mínimo de 6 trabajadores podrán promover elecciones a representante, sin que el resto de sus compañeros de centros de trabajo puedan adherirse a dicha representación y por tanto carecerían de ella. Este es el caso de la Sentencia que comentamos. Sólo un centro tiene 21 trabajadores y resto suman en total 28, dando un resultado de 49 trabajadores que no pueden constituir un comité de empresa conjunto. Por ello, el preaviso de elecciones sólo es posible para el centro de C/ Velázquez con 21 trabajadores, al ser considerados todos los demás, centros de trabajo. Si se hubieran considerados meros “stands”, elegirían como señalamos anteriormente, 3 delegados de personal y no sólo 1, pues sería la empresa la circunscripción electoral y no cada uno de los centros de trabajo.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

INEFICACIA DE LA CONVERSIÓN EN *INDEFINIDO NO FIJO* EN EL SECTOR PÚBLICO CONFORME A LA DIRECTIVA 1999/70/CE

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-86/14, de 11 de diciembre de 2014

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ*

SUPUESTO DE HECHO: La demandante en el litigio principal comenzó a trabajar para el Ayuntamiento de Huétor Vega el 8 de octubre de 2001 como redactora/locutora, prestando sus servicios en un periódico local llamado *La Voz de Huétor Vega* y en una emisora de radio. Fue contratada mediante un contrato de trabajo temporal por obra o servicio determinado que se extinguió el 7 de octubre de 2004. El 10 de noviembre de 2004, suscribió un nuevo contrato temporal por obra o servicio determinado, cuyo objeto declarado en el contrato era el lanzamiento y consolidación de nueva etapa del periódico municipal y tareas de apoyo a la emisora municipal, y continuó trabajando de forma ininterrumpida, hasta que en sesión de fecha 17 de diciembre de 2012 el Ayuntamiento aprobó una modificación de la relación de puestos de trabajo existentes en esa entidad local, suprimiendo algunos de ellos, entre los cuales se encontraba el de la trabajadora demandante, como consecuencia del cierre de la radio local y de la reducción de personal en el periódico municipal. Fue cesada por la entidad empleadora con efectos de 31 de diciembre de 2012 al haberse amortizado su puesto de trabajo, sin que el Ayuntamiento abonara cantidad alguna a la trabajadora en concepto de indemnización de cualquier tipo derivada de la extinción de la relación laboral.

RESUMEN: Interpuesta demanda por la trabajadora cesada, en la que solicitaba que se declarara la improcedencia del despido, el pago de una indemnización o su readmisión en el Ayuntamiento, el Juzgado de lo Social número 1 de Granada suspende el procedimiento mediante Auto de 7 de febrero de 2014 y plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuatro cuestiones prejudi-

* Profesora C. Doctora y Titular de Universidad acreditada de Dº del Trabajo y de la Seguridad Social.

ciales, resolviendo la Sala Octava de dicho Tribunal mediante Auto de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14. La Sala en respuesta a las cuestiones planteadas, declara: 1) Que el trabajador indefinido no fijo está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE. 2) Que el Acuerdo anexo a la citada Directiva se opone a la normativa nacional española dado que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público. 3) Que incumbe al Juez nacional remitente apreciar qué naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador indefinido no fijo como la demandante para considerar que constituye una medida suficientemente efectiva para evitar los abusos en el sentido del Acuerdo Marco, así como interpretar el Derecho interno conforme al Derecho de la Unión Europea.

ÍNDICE:

1. APLICACIÓN AL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE, RELATIVA AL ACUERDO MARCO DE LA CES, LA UNICE Y EL CEEP SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA
2. LA CONVERSIÓN EN TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO COMO SANCIÓN AL USO ABUSIVO DE CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL EN EL SECTOR PÚBLICO
3. LA NECESIDAD DE MEDIDAS EFICACES CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO

1. APLICACIÓN AL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE, RELATIVA AL ACUERDO MARCO DE LA CES, LA UNICE Y EL CEEP SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

Para el Juzgado remitente de las cuestiones prejudiciales “aunque la denominación de estos trabajadores dada en nuestro Derecho sea de indefinidos no fijos, de acuerdo a la definición que hace la Directiva (1999/70/CE) se trata en realidad de un trabajador con contrato de duración determinada, puesto que el vínculo laboral mantiene su vigencia hasta que se produzca un evento concreto, en este caso la decisión de la Administración bien de cubrir la plaza mediante proceso selectivo o traslado entre funcionarios, bien de amortizarla. Esto queda claro en la jurisprudencia que define la figura...”¹.

¹ Auto del Juzgado de lo social número 3 de Granada, de 7 de febrero de 2014, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2013, según la cual “se trata de contratos

No obstante la anterior afirmación, el Juzgado plantea al TJUE como cuestión prejudicial si el trabajador indefinido no fijo, tal y como está configurado legal y jurisprudencialmente en nuestro ordenamiento, es un trabajador con contrato de duración determinada conforme a la definición de la Directiva 1999/70/CE. Como se evidencia, la cuestión no se refiere a si la citada Directiva es de aplicación al sector público, extremo éste que ya fue resuelto en sentido afirmativo en sendas sentencias de TJUE de 2006, en las que se afirma que el Acuerdo marco no identifica ningún sector de actividad que pueda ser excluido de su ámbito de aplicación, a excepción de algunas relaciones laborales o de formación profesional². Es la peculiar figura existente en nuestro país del trabajador indefinido no fijo, de configuración jurisprudencial, la que se somete a pregunta en el sentido de si debe considerarse incluida en el ámbito de aplicación de la citada Directiva como relación laboral de duración determinada y, por tanto, beneficiarse de las medidas previstas en la cláusula 5.1 del Acuerdo marco anexo a aquélla, según el Juzgado remitente.

La respuesta del Tribunal de Justicia es afirmativa en base a su propia jurisprudencia sobre la materia, en la que se ha afirmado ya en otras ocasiones que la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco anexo se aplican a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador (sentencias Del Cerro Alonso, C 307/05; Rosado Santana, C 177/10; y Valenza y otros, C 302/11 a C 305/11). En el caso de autos se desprende claramente para el Tribunal europeo que la demandante se encuentra en este supuesto, ya que ha estado vinculada a su empleador sucesivamente mediante dos contratos de

sometidos también a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y, por tanto, cuando por amortización de ésta no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1.b) del ET y del art. 1117 del Código Civil". Según el Auto citado, "No debe olvidarse que la decisión de cubrir la plaza mediante un procedimiento administrativo, o amortizarla, depende exclusivamente de la decisión de la propia Administración".

² Sentencias de 7 de septiembre de 2006, asunto Marrosu C-53/06 y asunto Vasallo C-180/06, en las que a mayor abundamiento se recuerda que según reiterada jurisprudencia, *"una directiva puede invocarse no sólo frente a las autoridades del Estado, sino también frente a organismos o entidades que estén sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de poderes exorbitantes en relación con los que se derivan de las normas aplicables en las relaciones entre particulares, tales como las entidades territoriales o aquellos organismos a los que, con independencia de su forma jurídica, se les haya encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última (sentencias de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, 103/88; de 12 de julio de 1990, Foster y otros, C-188/89; y de 5 de febrero de 2004, Rieser Internationale Transporte, C-157/02)"*.

trabajo de duración determinada, en el sentido de las cláusulas 2 y 3, apartado 1, del Acuerdo marco, y que la relación laboral entre ella y su empleador se convirtió posteriormente, como sanción, en una relación laboral de carácter indefinido no fijo, con arreglo a la normativa nacional. Conviene aclarar que al momento de plantear la demanda por despido, la trabajadora estaba vinculada formalmente al Ayuntamiento mediante contrato de duración determinada por obra o servicio, por lo que todavía no había sido declarada judicialmente su relación como indefinida no fija. Es al momento de dictar sentencia cuando el Juzgado se plantea la duda de si, debiendo declararla de tal naturaleza, esto es indefinida no fija, se le aplican las disposiciones de la Directiva 1999/70/CE o no.

En relación a si dicha relación laboral entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70, el Tribunal de Justicia diferencia a estos efectos el tipo de relación laboral que *ab initio* unía a la trabajadora con la entidad pública empleadora, del tipo de relación que pasa a tener después por conversión de su relación en indefinida no fija. Para la Sala “*Carece de importancia a este respecto que el contrato de trabajo se denomine tras su conversión «contrato indefinido no fijo», dado que, como se desprende del auto de remisión, tal conversión es una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y no modifica la propia naturaleza de estos contratos*” (Apdo. 41).

De la anterior afirmación se puede colegir que para el Tribunal de Justicia la naturaleza del contrato de trabajo que une a las partes es la misma, antes y después de la conversión, dado que dicha conversión es una sanción que no modifica la propia naturaleza del contrato. Dicho de otra manera, para el Tribunal la sanción consiste en cambiar la denominación al contrato inicial por obra o servicio determinados por otra como *indefinido no fijo*, pero dado el tratamiento que recibe el mismo, sigue siendo temporal, por lo que entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, en concreto, en el concepto de trabajador que a los efectos del ámbito de aplicación recoge el Acuerdo marco en su cláusula 3.1.

En efecto, tal como está configurada jurisprudencialmente la figura del trabajador indefinido no fijo, “el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijo de plantilla incompatible con las normas legales sobre reclutamiento de personal fijo en las Administraciones públicas. En virtud de éstas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza con una adscripción definitiva del puesto ocupado; antes al contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión

regular del mismo y, producida ésta en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el vínculo³.

Para la doctrina, el alcance jurídico de la diferenciación entre trabajadores fijos de plantilla e indefinidos consistirá en que el contrato temporal ilícito se prolonga en el sector público hasta la provisión definitiva o amortización de la vacante correspondiente, lo que no equivale a la adquisición por el trabajador de fijeza con adscripción definitiva al puesto ocupado. “La valoración judicial no es identificable, por tanto, con la proclamación del carácter indefinido de la relación laboral ordinaria, pues la calificación de fijeza corresponde a la posición subjetiva del trabajador, garantizándole la estabilidad en la plaza, mientras la afirmación de aquel carácter indefinido queda aquí referida objetivamente al vínculo, pero no al empleado en sí mismo considerado⁴.”

Diferenciación criticada incluso en el seno del propio TS porque equivale a consagrar una situación de interinidad⁵. “La jurisprudencia unificada se aparta así de propuestas interesantes que se habían efectuado desde la doctrina y que eran más garantistas para el trabajador indefinido no fijo, como la de que se considerase que éste tenía derecho a un puesto de trabajo, pero no necesariamente el que ocupaba⁶.”

Más adelante, en esa constante evolución de la configuración jurisprudencial del indefinido no fijo, el TS concretará que la causa de extinción contractual al cubrirse reglamentariamente la plaza tiene que subsumirse en el art. 49.1.b) ET como una condición resolutoria válidamente consignada en el contrato de trabajo⁷. Esta misma causa de extinción será considerada también posterior-

³ STS de 7 de octubre de 1996, (RJ 1996\7492).

⁴ S. Rodríguez Escanciano, “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, 42/2010, Aranzadi, Pamplona. 2010, con cita de la STS, Sala IV, 20 enero 1998 (RJ 1998, 1000).

⁵ Vid. Voto particular a la STS de 20 de enero de 1998.

⁶ C. L. Alfonso Mellado, “Contratación temporal en unificación de doctrina”, Revista de Derecho Social nº 18, 2002, p. 200, con cita de J.M. Goerlich Peset y J. Vega López.

⁷ STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002/9893). Para A. M. Romero Burillo, “El régimen extintivo del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla”, Actualidad Laboral nº 6, 2014, tal interpretación produce un agravio comparativo en la extinción de un trabajador indefinido no fijo de plantilla que no percibirá ninguna indemnización en relación a otros supuestos en el sector público cuya extinción sí comporta compensación económica. En similar sentido, J. Lahera Forteza, “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la administración pública”, *Jurisprudencia Social. Análisis crítico*, primera edición, La Ley, Madrid, 2011, para quien “la causa extintiva que mejor se adapta al cese del trabajador indefinido no fijo es, como defiende el voto particular, el despido objetivo por razones organizativas del art. 49.1.i) ET”.

mente por el TS como la aplicable en caso de extinción del contrato por amortización de la plaza ocupada por el trabajador indefinido⁸. Además por primera vez se va a considerar el derecho a la indemnización prevista para la extinción de contratos temporales, por aplicación analógica del art. 49.1.c) ET cuando la causa de extinción es la cobertura reglamentaria de la plaza, dado que para el Tribunal de no ser así existiría una situación de trato desigual injustificado⁹.

En esa lógica de equiparación del indefinido no fijo en cuanto a las causas de extinción al interino por vacante, para el Alto Tribunal no cabe identificar el contrato indefinido no fijo con el contrato indefinido previsto en los arts. 8 y 11 del EBEP, ya que “la incorporación de la referencia a los indefinidos en el EBEP no ha tenido por objeto recoger la figura del indefinido no fijo delimitada por la jurisprudencia, ni crear con carácter general un ‘tercium genus’ (sic) entre fijos o temporales”¹⁰. No obstante, hay algunas normas autonómicas que sí aluden expresamente esta figura¹¹.

⁸ STS de 22 de julio de 2013, (RJ 2013/7657). También cuenta con un voto particular, al que se adhieren cinco magistrados más, que discrepa de esta interpretación por entender que en estos casos la administración pública empleadora debería seguir los cauces de extinción del art. 52.c) ET.

⁹ STS 22 de julio de 2013, (RJ 2013/7657), según la cual “la eventual desigualdad se repararía reconociendo el derecho a la indemnización; no excluyendo la aplicación de una causa de extinción prevista legalmente. Por otra parte, la premisa de la que se parte -que no hay derecho a la indemnización- está excluyendo de entrada una interpretación analógica de los apartados b) y c) del número 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, esa interpretación analógica lleva a la conclusión de que la indemnización sí resulta aplicable a supuestos como el presente” (FD sexto).

¹⁰ Ibídem. Para el TS, la referencia al empleado indefinido en el EBEP, que no se contenía ni en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes (BOCG/CD de 27.9.2006), ni en el que el Congreso remitió al Senado (BOCG/S, 20.1.2007), “se incorporó durante la tramitación en éste, como consecuencia de las enmiendas 33 y 36 del grupo de senadores nacionalistas vascos, en las que, junto al personal laboral fijo y al temporal, se añadía el indefinido, con la finalidad de que “también el profesorado de religión esté contemplado en este artículo” (BOCG/S 21.2.2007). La razón última de la inclusión está en que estos profesores, según su regulación específica (disposición adicional 3ª de la Ley Orgánica 2/2006 (RCL 2006, 910) y artículos 3, 4 y 6 del Real Decreto 696/2007 (RCL 2007, 1120), no son temporales, pero tampoco fijos, ya que la propuesta de la jerarquía eclesial excluye la aplicación de los procedimientos de selección del art. 61 del Estatuto Básico del Empleado Público”.

¹¹ Vid. al respecto S. de Soto Rioja, “Legislación presupuestaria y autonomía colectiva en el sector público”, Revista Temas Laborales 120/2013, p. 528, que analiza la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, que incluye al personal laboral indefinido no fijo declarado como tal por resolución judicial o administrativa, junto a funcionarios

Esta misma equiparación va a ser mantenida en la STS de 24 de junio de 2014, en la que pese a llevar a cabo una rectificación de doctrina en lo que se refiere a los efectos de la extinción del contrato indefinido no fijo por amortización de la plaza, y el procedimiento a seguir, sigue equiparando al indefinido no fijo con el contrato de interinidad por vacante¹². A estos efectos, considera la Sala que la Disposición Adicional Vigésima del ET, relativa a la aplicación de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público, al dar prioridad de permanencia al personal fijo evidencia que la misma se aplica también, al personal indefinido no fijo y al interino por vacante.

Resulta evidente, por tanto, que a los efectos de su extinción el tratamiento que da la jurisprudencia del TS al contrato indefinido no fijo es la de un contrato temporal¹³, sin perjuicio de que durante el desarrollo de la relación laboral el tratamiento en sus condiciones de trabajo deba ser igual a la de los empleados fijos. Entendemos que este tratamiento como temporal del indefinido no fijo por los tribunales nacionales es el tenido en cuenta por el TJUE para concluir que dicha figura entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva

interinos, personal estatutario temporal y personal laboral temporal, como grupo objeto de su ámbito de aplicación. Para el autor, las medidas que contiene la citada norma para los empleados públicos temporales, incluidos expresamente los indefinidos no fijos, puede ser contraria a las disposiciones de la Directiva 1999/70/CE, “por el trato diferenciado que se le permite dispensar a un concreto empleador respecto de sus trabajadores temporales, en comparación con el que se le reserva a su personal fijo e indefinido, sin que se salvaguarde expresamente tampoco el necesario elemento de voluntariedad en la transformación de la dedicación de tiempo completo a tiempo parcial, por muy temporal y no definitiva que sea la medida”.

¹² CENDOJ (Roj: STS 3081/2014). Así, la Sala considera que debe rectificar la doctrina sentada en sus sentencias anteriores al entender que la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52-c) del E.T. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva R.P.T., supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva R.P.T. tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos.

¹³ Para A. J. Valverde Asencio, “La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la función pública”, *Temas Laborales* 86/2006, pp. 219 y 220, refiriéndose a la creación jurisprudencial de la figura indefinida no fija, “El resultado final ha sido la creación, de hecho, de una nueva figura contractual específica para la Administración pública que se asimila a una forma de relación temporal. No es tan cierto que no sometida a término — como se ha intentado poner de manifiesto por parte del propio Tribunal Supremo —, porque si la cobertura de la vacante —o, en su caso, la amortización de la plaza— es obligación de la Administración es claro que el término ha de producirse, aunque éste sea incierto”.

1999/70/CE, pues según dicho Tribunal no modifica la naturaleza de estos contratos su conversión en indefinido no fijo, al ser dicha conversión una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público.

Pero tras tal afirmación, analiza el Tribunal si la sanción consistente en la de conversión en indefinido no fijo es una medida eficaz que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes para sancionar debidamente una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos.

2. LA CONVERSIÓN EN TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO COMO SANCIÓN AL USO ABUSIVO DE CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL EN EL SECTOR PÚBLICO

La premisa de la que parte el Juzgado remitente es la de que una relación laboral por tiempo indefinido no fijo puede extinguirse por decisión unilateral del empleador de proveer o amortizar la plaza del trabajador de que se trata, sin abonarle indemnización alguna, y dado que no existe otra medida efectiva en el ordenamiento jurídico interno para sancionar tales abusos, por tanto, plantea la cuestión prejudicial de si nuestra normativa nacional se opone al Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE.

Tras el pertinente recordatorio por parte del TJUE de que el Derecho comunitario no establece sanciones específicas para el caso de que se compruebe no obstante la existencia de abusos, y que corresponde a las autoridades nacionales adoptar las medidas apropiadas para hacer frente a dicha situación, también recuerda la exigencia comunitaria de que dichas medidas sean proporcionadas y lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco¹⁴.

Además, se enfatiza por el Tribunal europeo la necesidad de que la aplicación de las medidas adoptadas por el derecho interno deben respetar el principio de equivalencia (no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno) y el principio de efectividad (no deben hacer impo-

¹⁴ Con cita de sus sentencias Adeneler y otros, C 212/04, EU:C:2006:443, apartado 94; Marrosu y Sardino, C 53/04, EU:C:2006:517, apartado 51, y Vassallo, C 180/04, EU:C:2006:518, apartado 36; el auto Vassilakis y otros, C 364/07, EU:C:2008:346, apartado 125; la sentencia Angelidaki y otros, EU:C:2009:250, apartado 158; el auto Koukou, C 519/08, EU:C:2009:269, apartado 64, y la sentencia Fiamingo y otros, EU:C:2014:2044, apartado 62.

sible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión).

El art. 2, párrafo primero de la Directiva 1999/70/CE establece que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. El Acuerdo marco anexo a la citada Directiva tiene como objeto establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (cláusula 1. b.). Y de otro lado, impone a los Estados miembros la obligación de introducir una o varias de las medidas que relaciona, para el caso de que no existan medidas equivalentes, con el objeto de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada (cláusula 5). Las medidas que se relacionan en la citada cláusula, que habrán de tener en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, son: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

Se puede afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico-laboral estas medidas existen [arts. 15 y 49.c) ET], , sancionando su incumplimiento con la conversión de la relación laboral en indefinida, tanto si estamos en una contratación temporal fraudulenta como si se trata de una contratación temporal sucesiva y abusiva, lo que supone cierta eficacia de la sanción al menos en el ámbito privado para el que originariamente estaba prevista. Sin embargo, al extenderse la aplicación de la norma sancionadora al ámbito público, [Disposición Adicional 15ª ET para el supuesto de contratación abusiva¹⁵, y art. 15.3 ET para la contratación fraudulenta por interpretación jurisprudencial], la sanción consistente en la conversión de la relación en indefinida no es plenamente posible (sin fijeza) por respeto a los principios de mérito y capacidad exigidos constitucionalmente para el acceso al empleo público y, por tanto, ineficaz desde la perspectiva de la temporalidad del vínculo, en definitiva.

Desde esa perspectiva, los efectos de esta conversión en indefinido no fijo como que el mantenimiento de la relación laboral depende de la administración

¹⁵ Para A. J. Valverde Asencio, “La limitación a la sucesión de contratos temporales. Un análisis del art. 15.5 del estatuto de los trabajadores (y II)”, Relaciones 2/2008, “la aplicación del citado art. 15.5 en caso de incumplimiento por parte de las Administraciones públicas del límite a la sucesión de contratos conllevaría, a lo sumo, la consideración como indefinidos —nunca como fijos— de los trabajadores afectados; limitándose sus derechos a los preestablecidos por la doctrina del Tribunal Supremo al respecto”.

empleadora que puede actuar o no según su propia decisión las causas de extinción del mismo (por provisión reglamentaria de la plaza o amortización de la misma), unido al hecho de que dicha extinción nunca ha llevado aparejado el reconocimiento de indemnización para el trabajador, según doctrina jurisprudencial consolidada, ha llevado al TJUE a considerar que la medida establecida en Derecho español para sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada en el sector público, a saber, la conversión de la relación laboral de duración determinada en relación laboral de carácter indefinido no fijo, es ineficaz. Y que, por tanto, el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público, dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos.

Este pronunciamiento del TJUE adquiere especial trascendencia, teniendo en cuenta que para nuestro TS, sentencia de 22 de julio de 2013¹⁶, la cláusula 5 del Acuerdo marco no es aplicable al indefinido no fijo porque “en absoluto se trata de un supuesto de utilización abusiva de vínculos sucesivos de duración determinada. Por el contrario, estamos ante un único vínculo que no tiene carácter temporal, sino que está únicamente sometido a condición resolutoria. No hay, por tanto, ni abusos, ni sucesión de contratos, ya que se está en una situación estable, a la que además el trabajador puede poner fin pidiendo la convocatoria de la vacante. Así, la culpa de la Administración en no convocar puede relacionarse con el aquietamiento del trabajador en no pedir la convocatoria, ponderando quizá la eventual concurrencia de terceros”.

Incluso se argumenta en la citada sentencia la hipótesis de que se admitiera que el contrato indefinido no fijo es un caso de utilización sucesiva de contratos de duración determinada, que no lo es según el Alto Tribunal, se aplicarían no una, sino las tres garantías de la cláusula, ya que: 1ª) hay una razón objetiva para la aplicación de esta modalidad contractual como de duración determinada: la garantía del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad; 2ª) hay una duración máxima que depende de la convocatoria de la vacante y que el trabajador contratado puede activar y 3ª) se excluye la sucesión, porque no hay renovaciones del contrato”.

¹⁶ STS de 22 de julio de 2013, (RJ 2013/7657).

Entendemos errónea esta argumentación en tanto se mezcla causa y consecuencia del abuso en la contratación temporal, esto es, se parte de la premisa que es el contrato indefinido no fijo el que debe cumplir con las medidas citadas como si de una modalidad ordinaria de contrato temporal y lícita se tratara, que debe tener una razón objetiva que justifique su temporalidad y una duración máxima. Como se mantiene en el Auto del TJUE que se comenta, la conversión en indefinido no fijo es la consecuencia o la sanción al abuso en la contratación temporal, por tanto, no es esta sanción la que debe cumplir con las medidas para prevenir tales abusos, sino la legislación sobre contratación temporal.

Tanto es así, que la propia sentencia del TS afirma después que “el contrato indefinido no fijo constituye precisamente el medio de prevención y de reacción contra la utilización abusiva de los contratos temporales en por las Administraciones Públicas”. Pero enseguida se justifica que, por exigencias constitucionales, ha de mantenerse la necesidad de que la plaza sea objeto de convocatoria pública para garantizar su cobertura en términos de igualdad, mérito y publicidad por todos los ciudadanos. Y que en ese sentido hay que tener en cuenta que el indefinido no fijo no queda indefenso frente a la no convocatoria de la plaza por la Administración, pues tiene acción para pedir su convocatoria. Tampoco queda indefenso ante las decisiones de amortización, pues puede impugnarlas.

El voto particular formulado a la citada sentencia, al que se adhieren cinco magistrados más, considera sin embargo que la conversión en indefinido no fijo como sanción a los sucesivos contratos temporales irregulares concertados con una Administración Pública, sí es contrario a lo establecido en la mencionada Directiva y el Acuerdo marco, ya que puede ser extinguido como consecuencia de amortización sin derecho a ningún tipo de indemnización, lo que resulta contrario al principio de no discriminación (cláusula 4), por la diferencia de trato a un trabajador fijo de inicio con respecto a un trabajador indefinido no fijo; y contrario a la cláusula 5 (Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de contratos sucesivos o relaciones laborales de duración determinada), por falta de reparación de los perjuicios sufridos por el trabajador debido al uso abusivo de la Administración Pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

Tanto para los magistrados discrepantes como para la mayoría de la doctrina científica, la conversión en indefinido no fijo sería una medida equivalente y eficaz como sanción al abuso en la contratación temporal en el sector público si va acompañada de una indemnización para el trabajador en caso de que la relación se extinga por la cobertura reglamentaria de la plaza o por amortización. Además, y para el supuesto de extinción por amortización de la plaza, se mantiene que la aplicación de la causa objetiva legalmente procedente - despido objetivo por causas organizativas del artículo 52 c) del ET con derecho

a la indemnización pertinente, previos los tramites del artículo 53 ET - deviene en una medida alternativa, equivalente y efectiva a la prohibición de convertir los contratos temporales en indefinidos fijos en el sector público. En opinión de los magistrados que formulan el voto particular, esta medida logra combinar la preservación de los procesos de selección en el empleo público y la reparación económica al trabajador indefinido no fijo, cuando se le extingue su contrato de trabajo por causas objetivas, al tiempo que cumple el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido rectificada posteriormente por el TS en sentencia de 24 de junio de 2014¹⁷, de fecha posterior al Auto del Juzgado remitente de las cuestiones prejudiciales y anterior al Auto del TJUE comentado. Pese a que la cuestión objeto de litis es la extinción colectiva de contratos de interinidad por vacante debido a la amortización de dichas plazas en la RPT, la sentencia hace extensivas sus argumentaciones de forma reiterada a la figura del indefinido no fijo. En resumen, se afirma que tanto en un caso como en otro, la amortización de la plaza supone una extinción *ante tempus* del contrato y que por aplicación de la Disposición Vigésima del ET¹⁸, que da prioridad de permanencia al personal fijo, resulta evidente que la misma se aplica también al personal indefinido no fijo y al interino por vacante.

Para la Sala, por tanto, “la aplicación de esta nueva normativa a los trabajadores denominados indefinidos no fijos es indudable porque la extinción de los contratos de este tipo es computable al efecto de considerar el despido, como colectivo, conforme al penúltimo párrafo del citado art. 51-1 del E.T. que excluye del cómputo las extinciones de contratos temporales que se produzcan con arreglo al art. 49-1-c) del texto legal citado”. De forma más argumentada, se concluye que dicho procedimiento también se aplica a los contratos interinos por vacantes, aunque se trate de contratos sometidos a término. De manera que tanto en un caso como en otro, el TS rectifica su doctrina anterior al considerar ahora que la extinción por amortización debe seguir los cauces del art. 51 o 52.c) en función del número de extinciones operadas, que como es sabido contemplan el abono de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio o parte proporcional.

¹⁷ CENDOJ (Roj: STS 3081/2014).

¹⁸ Sobre la incidencia de la nueva Disposición Vigésima del ET al indefinido no fijo, vid. A. Selma Penalva, “El trabajador indefinido no fijo en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas práctico en torno a esta figura”, Relaciones Laborales 11/2014, para quien resulta contrario al principio de seguridad jurídica que la norma citada deje a elección del ente, organismo o entidad dar prioridad de permanencia a los trabajadores fijos.

Pero resulta llamativo que a lo largo de la sentencia citada no se aluda en ningún momento a si dicha medida (la de exigir la vía de los arts. 51 o 52.c. ET para las extinciones de contratos indefinidos no fijos por amortización de la plaza) se interpreta y aplica judicialmente a los indefinidos no fijos en cumplimiento de las exigencias de la Directiva 1999/70/CE que obliga a los Estados miembros a adoptar medidas para evitar el abuso en la contratación temporal, y que las mismas sean efectivas.

3. LA NECESIDAD DE MEDIDAS EFICACES CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO

Sin duda la rectificación de doctrina jurisprudencial en el sentido antes expuesto debe valorarse positivamente, pues supone una avance en la protección de los trabajadores que son objeto de contrataciones temporales abusivas en el sector público. Desde la perspectiva de posición jurídica del trabajador supone como mínimo evitar un tratamiento desfavorable del indefinido no fijo respecto de otros trabajadores contratados regularmente, situación ésta que venía produciéndose hasta ahora y que ha sido objeto de continua crítica por la doctrina, y por el propio Juzgado remitente de las cuestiones prejudiciales.

La pérdida de empleo que experimenta el trabajador indefinido no fijo, ya sea por la cobertura reglamentaria de la plaza sin haberla obtenido, ya sea por amortización de la plaza, ya va a ser reparada mediante indemnización según la actual interpretación jurisprudencial. En el primer caso, con la indemnización prevista en nuestro ordenamiento para las extinciones de contratos temporales (art. 49.1.c. ET), en cuantía de doce días de salario por año de servicio o parte proporcional. En el segundo caso, una vez probada por la administración pública la causa económica, técnica, organizativa o de producción alegada y siguiendo el procedimiento de despido colectivo o despido objetivo (arts. 51, 52 y 53 ET), la indemnización será la prevista para este tipo de extinciones, esto es, la de veinte días por año de servicio o parte proporcional, con un máximo de doce mensualidades.

Es más que probable que estas medidas cumplan con el principio de equivalencia y efectividad exigido por la Directiva 1999/70/CE, tal como se argumentó en el voto particular formulado a la STS de 23 de julio de 2013: “la aplicación de la causa objetiva legalmente procedente -despido objetivo por causas organizativas del artículo 52 c) del ET con derecho a la indemnización pertinente, previos los tramites del artículo 53 ET - deviene una medida alternativa, equivalente y efectiva a la prohibición de convertir los contratos temporales en indefinidos fijos en el sector público”.

Pero cabría preguntarse si verdaderamente éstas son medidas disuasorias que sancionen el uso abusivo de la contratación temporal en el sector público, y

que permitan dar cumplimiento a los objetivos perseguidos por la norma comunitaria.

Para el TJUE, incumbe al órgano jurisdiccional remitente, único competente para pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, apreciar en qué medida las condiciones de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes de ese Derecho interno constituyen una medida adecuada para sancionar el uso abusivo por parte de la Administración pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada¹⁹. Y que, en consecuencia, corresponde al Juzgado remitente apreciar qué naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador como la demandante en el litigio principal para considerar que esa indemnización constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco.

Para el Tribunal Supremo el contrato indefinido no fijo es precisamente la medida que sanciona el uso abusivo de la contratación temporal en las Administraciones públicas, poniendo fin a la sucesión de contratos temporales mediante la consolidación estable de una situación, que solo terminará con la cobertura o la amortización de la vacante, frente a las que puede reaccionar el trabajador. Según el Alto Tribunal, con esta medida se cumplen los principios de equivalencia y efectividad, pues la medida se aplica en todas “las situaciones similares” y su única particularidad en las Administraciones públicas tiene la justificación objetiva del respeto a las garantías de acceso al empleo público. Es además una medida efectiva en la medida en que cumple, no una sino todas las exigencias del apartado 5.1 del Acuerdo (razón objetiva, duración máxima y exclusión de las renovaciones)²⁰.

Para el Juzgado remitente, dado que nada obliga a la administración pública a cubrir la plaza regularmente o a amortizarla, le permite perpetuar en la práctica una situación inicialmente temporal e ilícita, convirtiéndose el indefinido no fijo en el trabajador precario perfecto desde el punto de vista administrativo, ya que no es fijo, su contrato puede durar el tiempo que quiera la Administración, y en caso de extinción no devenga derecho a indemnización alguna. A la vista de ello, el Juzgado llega a la conclusión de que la normativa vigente promueve

¹⁹ Con cita de sus sentencias Marrosu y Sardino, EU:C:2006:517, apartado 56; Vassallo, EU:C:2006:518, apartado 41, y Angelidaki y otros, EU:C:2009:250, apartados 164 y 188, y los autos Vassilakis y otros, EU:C:2008:346, apartado 135; Koukou, EU:C:2009:269, apartados 69, 77 y 90; Lagoudakis y otros, C 162/08 a C 164/08, EU:C:2008:780, apartado 11, y Affatato, C 3/10, EU:C:2010:574, apartado 50

²⁰ STS de 22 de julio de 2013, (RJ 2013/7657).

situaciones abusivas en lugar de evitarlas. Habría que puntualizar que conforme a la actual doctrina del TS ahora sí devenga indemnización por extinción como si se tratase de una contratación temporal lícita (en el caso de provisión reglamentaria de la plaza) o como una contratación indefinida o temporal lícita (en el caso de amortización de la plaza), con preferencia legal en este caso por la estabilidad del trabajador fijo.

A la vista de la situación, cabe seguir cuestionándose si la figura jurisprudencial de indefinido no fijo cumple realmente una función de sanción a la administración que lleva a cabo contrataciones temporales irregulares -ya sea por fraude o por abuso-. Dicho de otra manera, si la conversión de indefinido no fijo disuade eficazmente a la administración pública de llevar a cabo una actuación irregular o abusiva en la contratación temporal. Entendemos que no, porque las consecuencias para la empleadora infractora son las mismas que si llevara a cabo una contratación temporal lícita, incluso aunque desde la perspectiva del trabajador afectado se haya avanzado en su protección, evitándose así un trato desfavorable y discriminatorio respecto de quienes están contratados de forma lícita.

Además, convendría tener en cuenta que la indemnización prevista por el ordenamiento jurídico-laboral para las extinciones de contratos temporales, sea por cumplimiento de la condición resolutoria, o del término previsto, o por causas económicas técnicas, organizativas o de producción, viene a cumplir una función reparadora que compensa de un daño experimentado por el trabajador consistente en la pérdida del empleo. Es decir, no tiene una función sancionadora para el empleador.

De este modo, la indemnización que recibe el trabajador indefinido no fijo por extinción del contrato de trabajo no supone una penalización o sanción para la administración que contrata ilícitamente (tampoco lo es en caso de contrataciones lícitas), sino una compensación al trabajador por la pérdida de su empleo. A no ser que dicha indemnización pudiera contener, no sólo la cuantía prevista compensadora del daño consistente en la pérdida del empleo, sino adicionalmente un componente preventivo del daño que disuadiera eficazmente a la administración pública de realizar contrataciones temporales fraudulentas o abusivas, para alcanzar la eficacia que requiere la Directiva 1999/70/CE a las medidas para prevenir el abuso en la contratación temporal. Hipótesis que dejamos sólo apuntada por sobrepasar su estudio el objeto de este comentario.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Vigo

LA CONVERSIÓN DE TIEMPO COMPLETO A TIEMPO PARCIAL POR LA VÍA DEL ART. 41 ET: EL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD EN CLAVE DE PRINCIPIO IGUALDAD

Sentencia del TSJ de Galicia, de 29 de octubre de 2014

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO *

SUPUESTO DE HECHO: Tras una sucesión empresarial en la prestación del servicio de ayuda a domicilio ofrecido por el Ayuntamiento de La Coruña, la empresa cesionaria y demandada en los presentes autos, comunica a una de sus trabajadoras la decisión de reducir su jornada por la vía del art. 41 ET y ello en base a la concurrencia de causas objetivas de naturaleza organizativa y productiva. La trabajadora demandante había sido contratada por la empresa cedente a jornada completa y tras la reducción acordada por la cesionaria pasa a realizar 18 horas semanales. Se da la circunstancia de que la destinataria de la medida es la única trabajadora a tiempo completo de toda la plantilla a la que se le reduce su jornada. Además se tuvo constancia de que con posterioridad la empresa aumentó la jornada a dos de sus trabajadoras. Disconforme con la decisión empresarial, su destinataria la impugnó ante el Juzgado de lo Social competente que desestimó íntegramente sus pretensiones. A juicio de la demandante la reducción operada implicaba una conversión unilateral, y por lo tanto prohibida, de su contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial. Sin embargo, el juzgador de instancia no admitió dicha conversión y declaró justificada la medida empresarial. No conforme con la sentencia desestimatoria de su demanda, la trabajadora interpuso el correspondiente recurso de suplicación que fue impugnado de contrario por la empresa demandada.

RESUMEN: La Sala de lo Social del TSJ de Galicia, en su sentencia de 29 de octubre de 2014 por la que resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la actora, vuelve a pronunciarse sobre uno de los temas más polémicos en el

* *Profª Contratada Doctora (Titular acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

desarrollo de la relación laboral. A saber, sobre la posibilidad empresarial de reducir unilateralmente la jornada a tiempo completo de un trabajador –en este caso, una trabajadora- a través del procedimiento del art. 41 ET. Pero a diferencia de resoluciones anteriores, algunas del TS, en esta ocasión la Sala de Galicia se opone a la admisión de dicha reducción, entre otras razones por la transgresión del principio de igualdad y de ahí su declaración de nulidad de la decisión empresarial.

ÍNDICE

1. IDEAS PREVIAS
2. DESCRIPCIÓN DEL LITIGIO
 - 2.1. La cuestión controvertida: la reducción unilateral de la jornada ex art. 41 ET
 - 2.2. La impugnación de la decisión empresarial y los motivos del recurso de suplicación
 - 2.3. La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia
3. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 15 DE OCTUBRE DE 2014
 - 3.1. Litigio principal y cuestiones prejudiciales
 - 3.2. El pronunciamiento del TJUE
 - 3.3. Valoración crítica de los argumentos del TJUE
4. CRÍTICA DE LA SENTENCIA DE SUPPLICACIÓN DE LA SALA DE GALICIA
 - 4.1. La ruptura acertada con la doctrina del TS
 - 4.2. El recurso al principio de igualdad
5. .CONCLUSIÓN

1. IDEAS PREVIAS

La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de 29 de octubre de 2014¹, anula la decisión empresarial de reducir unilateralmente la jornada de una trabajadora a través del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 ET. Para justificar su decisión la empresa había alegado causas objetivas de naturaleza organizativa y productiva. Tras la reducción de la jornada, la trabajadora afectada pasó de prestar sus servicios a tiempo completo a realizar una jornada de 18 horas semanales distribuidas entre sábados, domingos y festivos. Y por último, en el desarrollo de los hechos acaecidos no se tuvo constancia de otros trabajadores de la misma empresa a los que también se les hubiese reducido su jornada de trabajo

A partir de los hechos aquí esbozados permítaseme, ya desde ahora, expresar mi satisfacción por un pronunciamiento como el de la Sala de Galicia

¹ Recurso de suplicación núm. 2876/2014.

toda vez que declara expresamente la nulidad de la decisión empresarial de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la demandante. Razones, hay varias. Todas ellas serán analizadas a lo largo de este trabajo y desde luego giran en torno a una argumentada y fundamentada en derecho resolución judicial. Pero es que además, lo hace con cierta valentía, pues relega el criterio defendido por el TS en casos similares. Según la Sala de lo Social del alto Tribunal, en su sentencia de 14 de mayo de 2007², la “imposición unilateral de jornada reducida –en referencia a la vía del art. 41 ET- e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos (contrato a tiempo parcial) únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador”. De ello se desprende, continúa declarando el TS en la de 7 de octubre de 2011³ “que la transformación del contrato a tiempo completo en tiempo parcial necesita de la voluntad del trabajador para que se produzca la necesaria novación extintiva del vínculo previo para acceder al nuevo contrato a tiempo parcial”, lo que no concurre en supuestos en que la oposición de los afectados es evidente. Ciertamente es que, tras otra sentencia de 26 de abril de 2013⁴, parece vislumbrarse un atisbo de cambio en la doctrina del TS toda vez que recuerda que la “conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial exige la voluntariedad del trabajador” y si dicha voluntariedad no concurre, a la empresa no le es posible “utilizar la medida de modificación sustancial de condiciones del art. 41 ET”. Sin embargo, casi un año después, la misma Sala del TS, en un auto de 19 de febrero de 2014⁵, inadmitió por falta de contenido casacional un recurso de casación toda vez que la sentencia de suplicación recurrida aplicaba correctamente la doctrina establecida en las antes citadas de 2007 y 2011, a las que añadía otra de 20 de diciembre de 2011⁶.

De otra parte, es obligatorio señalar que un conflicto similar, que no idéntico al aquí analizado, ya fue planteado como cuestión prejudicial ante el TJUE y en el mes de mayo del año 2014 el abogado general presentaba sus conclu-

² Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 85/2006.

³ Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 144/2011.

⁴ Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2396/2012.

⁵ Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2460/2013.

⁶ Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 480/2011.

siones definitivas⁷. Sin embargo, como acaba de precisarse, la cuestión litigiosa solo se asimila, que no se equipara, a la planteada en la Comunidad Autónoma de Galicia. Es más, se trata de un supuesto inverso. A saber, la transformación unilateral por parte de la Administración empleadora del contrato laboral a tiempo parcial de una de sus trabajadoras en un contrato laboral a tiempo completo. La STJUE fue publicada el 15 de octubre de 2014⁸ y la cuestión prejudicial planteada por el tribunal nacional desestimada, en base, como es habitual a las conclusiones del abogado general. Pero fueron sus fundamentos, en una interpretación muy apropiada, los que justificaron el sentido del fallo de la de Galicia.

2. DESCRIPCIÓN DEL LITIGIO

2.1. La cuestión controvertida: la reducción unilateral de la jornada ex art. 41 ET

Los hechos controvertidos acontecen a raíz de una sucesión empresarial. En concreto, según alegaciones de la empresa subrogada y demandada en los presentes autos, por el desfase existente entre “las horas contratadas y las horas subrogadas” y ello debido al “importante incremento de las bajas definitivas de usuarios del servicio (defunciones, hospitalizaciones, ingreso en residencia, etc)”⁹. Como se anticipó en la descripción de los hechos, las dos empresas intervinientes en la sucesión se dedicaban a la prestación de servicios de ayuda a domicilio. En todo caso, para la subrogada, la ayuda a domicilio era uno más de los ofertados, pues se trataba de una entidad de las conocidas como *multiservicios*. La sucesión empresarial se había producido en el mes de mayo de 2013. En el mes de septiembre posterior, la entidad subrogada comunica al comité de empresa su preocupación por el aludido desfase y en el mes de octubre, en concreto el día 14, le comunica también su “intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo”. A tal fin, se celebran reuniones entre ambas partes los días 14, 18 y 22 del mismo mes de octubre y el día 25 se llega al “acuerdo con la representación legal de los trabajadores, procediendo a modificar, entre otras, la jornada de la actora”. Mediante comuni-

⁷ Conclusiones del abogado general Sr. Nils Wahl, presentadas el 22 de mayo de 2014.

⁸ Asunto *Teresa Mascellani contra Ministero della Giustizia*, C-221/13.

⁹ Antecedente de hecho segundo.

cación fechada el 6 de noviembre de 2013, “la empresa pone en conocimiento de la actora su decisión, de conformidad con el art. 41.4 ET, de modificar el contrato de trabajo a específico de sábados, domingos y festivos, con efectos del 13 de noviembre de 2013”, pasando así a “realizar 18 horas semanales” –hasta ese momento la afectada estaba contratada a jornada completa- y todo ello “basado en la concurrencia de causas objetivas de naturaleza organizativa y productiva”¹⁰.

Antes de continuar con los motivos de impugnación alegados por la actora, es preciso hacer una aclaración sobre el cauce utilizado por la empresa para la reducción de su jornada, ya que al tiempo que se alude expresamente al art. 41.4 ET –modificación de carácter colectivo- también se advierte de que la trabajadora demandante es la “única trabajadora a tiempo completo de toda la plantilla a la cual se le ha reducido la jornada”¹¹. Y tal aclaración viene exigida por los cambios introducidos en el art. 41 ET por la reforma de 2012¹², en particular, en la clasificación de las diferentes modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo allí reguladas. En efecto, tradicionalmente el art. 41 ET distinguía entre modificaciones individuales y modificaciones colectivas, según que la condición afectada hubiese sido reconocida al trabajador a título individual o por acuerdo o pacto colectivo o decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Quedaban aparte las reconocidas por convenio colectivo estatutario cuya modificación había de seguir unos trámites diferentes¹³. Y aquella distinción se proyectaba, con carácter general¹⁴, sobre el procedimiento de modificación. Para las condiciones individuales, la modificación había de seguir el procedimiento simple del art. 41.3 ET –procedimiento de modificación de condiciones de

¹⁰ Todos los entrecomillados se corresponden con párrafos literales de los antecedentes de hecho de la STSJ de Galicia de 29 de octubre de 2014.

¹¹ Fundamento jurídico cuarto.

¹² RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 18 de febrero) y Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio).

¹³ Si la modificación proyectada afectaba a condiciones reconocidas en convenios colectivos regulados en el Título III del ET, habrían de seguirse los trámites del art. 41.6 ET (redacción anterior a la aprobación del RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero).

¹⁴ Se dice con carácter general pues el mismo art. 41 ET reconocía una excepción a tal clasificación y era la siguiente: las modificaciones que se referían a funciones asignadas al trabajador o a su horario de trabajo solo se estimaban colectivas si dentro de un período de 90 días afectaban al mismo número de trabajadores a partir del cual se considera un despido colectivo (ART. 41.2 ET, antes de la aprobación del RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero).

carácter individual- y para las colectivas el más complejo del art. 41.4 ET –procedimiento de modificación de condiciones de carácter colectivo-. La reforma de 2012 alteró esa clasificación. Sin entrar en las razones que llevaron al legislador a efectuar tales cambios¹⁵, desde entonces la distinción entre condición individual y condición colectiva se hace en función del número de trabajadores afectados. Los umbrales de separación entre lo individual y lo colectivo son los tradicionales del despido colectivo¹⁶. Como es lógico, la nueva clasificación se traslada también al procedimiento de modificación. Esto es, si por el número de trabajadores afectados la modificación tiene carácter individual, el procedimiento de modificación vuelve a ser el más sencillo del art. 41.3 ET. En cambio, si por el número de trabajadores se considera colectiva, el procedimiento de modificación es el más complejo del 41.4 ET. También aquí quedan fuera las modificaciones de condiciones reconocidas por convenio colectivo estatutario, ahora modificables por la vía del art. 82.3 ET¹⁷.

En fin, si se compara la vigente distinción entre condiciones individuales y condiciones colectivas con el caso controvertido, llama la atención que siendo la actora la única trabajadora afectada por la reducción de jornada, el cauce utilizado por la empresa para llevarla a efecto haya sido el del art. 41.4 ET. En un primer momento, pudiera pensarse en algún error de transcripción. Sin embargo, una lectura más pausada de la sentencia del TSJ de Galicia descarta, sin ningún género de dudas, un error de esta naturaleza pues son varias las muestras de haber seguido los trámites del art. 41.4 ET. De entrada, se hace referencia a la comunicación empresarial dirigida a los representantes de los trabajadores a fin de abrir el período de consultas. Se mencionan también todas y cada una de las consultas celebradas con aquéllos y todas dentro de un período temporal de quince días. Y por último, se alude al acuerdo alcanzado con los representantes, acuerdo que fue comunicado a la trabajadora afectada con una antelación de 7 días a la fecha de su efectividad. Es obvio que los aquí aludidos son todos trámites del procedimiento de modificaciones colectivas del art. 41.4 ET y sin

¹⁵ En general, puede consultarse, Sanguinetti Raymond, W., *La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes*, RDS, núm. 57, 2012, pp. 125 ss.

¹⁶ Serán colectivas todas aquellas modificaciones que en un período de noventa días afecten al menos a: diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien; el 10 por ciento del número de trabajadores en las empresas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; y treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos, art. 41.2 ET en su vigente redacción.

¹⁷ Véase art. 41.6 ET, en su redacción vigente.

embargo los efectos son solo sobre una trabajadora. Lo que ocurre es que según se infiere de otros pasajes de la sentencia, parece que fueron más las condiciones negociadas para su modificación y por lo tanto fueron más los trabajadores afectados, aunque por razones obvias no entren a ser analizadas en la presente resolución.

2.2. La impugnación de la decisión empresarial y los motivos del recurso de suplicación

En primer lugar, en cuanto al procedimiento seguido por la trabajadora afectada para impugnar judicialmente la decisión empresarial por la que se le reduce su jornada de trabajo y aunque nada conste de forma expresa en la sentencia analizada, debió de ser necesariamente el del art. 138 LJS previsto, entre otras pretensiones¹⁸, para la impugnación individual de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cualquiera que fuese la naturaleza de la condición modificada, esto es, individual o colectiva¹⁹. Es más, y aunque no es el caso que aquí se plantea, con la nueva redacción del art. 138 LJS quedaron definitivamente solventadas las dudas procedimentales surgidas durante la vigencia del anterior art. 138 LPL cuando las modificaciones que querían impugnarse habían sido efectuadas al margen de los requisitos del art. 41 ET y que provocaron, en no pocas ocasiones, desestimaciones de demandas por inadecuación de procedimiento²⁰. Y ello es así porque frente a la indefinición anterior, en el vigente art. 138 LJS se ordena literalmente el cumplimiento de sus trámites “aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos (...) 41 (...) del Estatuto de los Trabajadores”. Por otra parte, el hecho de que contra la sentencia

¹⁸ Reclamaciones de carácter individual frente a las decisiones empresariales en materia de traslados individuales o colectivos y desplazamientos del art. 40 ET, por un lado, y suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor del art. 47 ET, por el otro.

¹⁹ Si la impugnación contra cualquiera de las decisiones anteriores fuese colectiva, el procedimiento de impugnación sería el de carácter colectivo de los arts. 153 y ss LJS.

²⁰ Por todas, véase STS de 4 de octubre de 2004 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3749/2003) en la que se disponía que: “la decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos, solo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del art. 41 ET. Entonces sí será obligada su impugnación por la modalidad procesal del art. 138 LPL y estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado por dicho precepto y el art. 59.4 ET. En caso contrario, la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario o el de conflicto colectivo, si se ejercita acción de esta naturaleza (...)”.

de instancia se haya podido interponer recurso de suplicación demuestra, una vez más, el carácter colectivo de la modificación operada, pues solo para éstas, y no para las individuales, se permite ulterior recurso, tal y como prevé el art. 138.6 LJS. Desde luego, esta posibilidad, introducida por la LJS, de recurrir sentencias revisoras de decisiones empresariales de carácter colectivo cuando la impugnación ha sido individual, va a permitir la elaboración de una doctrina jurisprudencial en una “materia de la trascendencia de la que se enjuicia en estos procesos, sin que ello cuestione la inmediatez de la respuesta judicial, garantizada por el carácter ejecutivo de la sentencia”²¹.

En segundo lugar, y de gran interés para el análisis de la temática principal de este comentario, es el examen de los motivos en los que la trabajadora ha sustentado su recurso de suplicación, en particular, el que se refiere a la infracción de la normativa aplicable –art. 193 c) LJS–, pues advierte de incumplimientos que van más allá de los tradicionalmente alegados por otros trabajadores en controversias similares. Ciertamente es que también la recurrente solicitó la revisión parcial de los hechos probados –art. 193 b) LJS–, pero no es menos cierto que una vez que el TSJ admitió dicha revisión, toda vez que fue justificada con el correspondiente soporte documental²², sus implicaciones son de índole jurídica y solo en ese ámbito fueron analizadas, esto es, junto con el examen de la normativa aplicable. Y así lo advirtió el propio TSJ al hilo de la oposición ejercida por la empresa frente a la revisión fáctica instada de contrario: “a la vista de la documental utilizada como sustento de la adición fáctica solicitada, que es auténtica y literosuficiente a los efectos, aceptamos la adición propuesta por la trabajadora demandante porque, en efecto, en los acuerdos se dice lo que pretende añadir, sin que lo que la empresa demandada alega para negar la adición deba ser valorado en esta sede fáctica para negar la adición porque se trata de cuestiones jurídicas cuya oportuna valoración se deberá realizar en la sede jurídica tanto en cuanto existieran motivos específicos para la reducción de jornada de la trabajadora demandante (...)”²³.

²¹ Cfr. Valdeolivas García, Y., “XII. Modalidades procesales (II). Organización empresarial: movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”, en AA.VV., *Lecciones de jurisdicción social* (dirs. Nogueira Guastavino, M. Y García Becedas, G.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 412.

²² Téngase en cuenta que tal y como dispone el art. 193 b) LJS, la revisión de los hechos habrá de serlo a la vista de “pruebas documentales y periciales practicadas”.

²³ Fundamento jurídico segundo.

Retomando la cuestión del derecho aplicable, según la recurrente son varios los preceptos infringidos con un pronunciamiento como el de instancia. Como no podía ser de otra forma en un asunto como el presente, alega infracción del art. 12.4 e) ET en relación con el art. 41 ET. La razón es evidente: el art. 12.4 e) ET prohíbe literalmente “la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial (...) de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 41.1 a) ET”. Con base en el contenido de dicho art. 12 ET, la trabajadora afectada considera que con la reducción de su jornada de trabajo se ha producido dicha conversión prohibida. Las razones de dicha prohibición, según ella, las mencionadas literalmente en el propio art. 12.4 e) ET y que sintetiza del siguiente modo: se vulnera “el principio de voluntariedad que impide la conversión de un trabajo a tiempo completo en a tiempo parcial sin el consentimiento de ambas partes contractuales”²⁴. Sin duda, el motivo de impugnación apuntado ha sido el tradicionalmente alegado en litigios como el presente. Al respecto, basta retrotraerse de nuevo a las ya citadas sentencias del TS de 14 de mayo de 2007, de 7 de octubre y 20 de diciembre de 2011, así como el auto de 19 de febrero de 2014. Pero como también se dijo con anterioridad y dejando al margen la señal de cambio sin éxito propiciada por la de 26 de abril de 2013, tal motivo de impugnación nunca fue admitido por el alto Tribunal. En general, para la Sala de lo Social del TS una reducción de estas características no transforma sin más un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial ya que falta la aceptación del trabajador afectado que es un elemento esencial en el contrato a tiempo parcial. Y tal aceptación no concurre cuando la reducción de la jornada de trabajo se impone unilateralmente como consecuencia de modificaciones sustanciales –individuales o colectivas–, incluso acordadas de consuno con los representantes de los trabajadores. Para el TS, tal reducción no produce la mutación de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, sino tan solo la mera reducción de la jornada en un contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica²⁵. Mi opinión sobre esta doctrina del TS ya fue vertida en un trabajo publicado en coautoría con CABEZA PEREIRO en el año 2012 y a él me remito en su integridad²⁶. Tan solo permítaseme recordar

²⁴ Fundamento jurídico tercero.

²⁵ Las frases aquí glosadas son un resumen fiel de la doctrina defendida por el TS en las sentencias antes aludidas y referidas a supuestos como el ahora analizado.

²⁶ Cabeza Pereiro, J. y Fernández Docampo, B., *Reducción de la jornada por el “orden y mano”*, RDS, núm. 58, 2012.

aquí alguna de sus afirmaciones, en particular, las evacuadas con la pretensión de intentar dar respuesta al *estatus* en el que quedaría un trabajador a tiempo completo con jornada reducida. Y ante esta pregunta decíamos que “no es un trabajador a tiempo parcial. Pero nos parece un poco difícil decirle sin poner cara de póker que es un trabajador a jornada completa. El TS, elegantemente, le dice que tiene la *categoría* de trabajador a jornada completa. Es, pues, un trabajador con *categoría*, pero sin posibles. Un trabajador *reducido* a la miseria, que no consume prestación por desempleo, para mayor gloria de las menguantes consignaciones presupuestarias a esta partida”²⁷.

Es obvio que la recurrente conocía esta jurisprudencia del TS y de ahí su atino al incluir en su recurso de suplicación otras disposiciones normativas también presuntamente vulneradas con la reducción de su jornada de trabajo. Se trata, además, de normativa internacional y comunitaria, y en el plano interno, de la propia Constitución. Al margen de su idoneidad para el caso concreto enjuiciado, su sola mención merece un juicio positivo pues no es muy habitual que las partes argumenten sus reclamaciones judiciales en fuentes supranacionales, en ocasiones las grandes olvidadas por parte de sus representantes. Por otra parte, en un conflicto como el presente el contenido de la normativa supraestatal parece emerger como el único instrumento válido de oposición frente a una jurisprudencia interna ciertamente particular a la hora de interpretar el requisito de voluntariedad en el contrato a tiempo parcial a fin de admitir la reducción unilateral de la jornada por el cauce del art. 41 ET²⁸. Así las cosas, la trabajadora recurrente acude a la normativa internacional y comunitaria reguladora del trabajo a tiempo parcial en la que queda patente dicha voluntariedad. En concreto, cita el Convenio núm. 175 OIT, de 24 de junio de 1994, sobre el trabajo a tiempo parcial -aunque a día de hoy y “por razones no fáciles de entender” todavía no ha sido ratificado por España²⁹- y la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial³⁰. Por otra parte, y aunque de forma ciertamente mejorable, tanto el

²⁷ Cfr. Cabeza Pereiro, J. y Fernández Docampo, B., *Reducción de la jornada...*, op. cit., p. 188.

²⁸ Con estos términos Rodríguez Sanz De Galdeano, B., resume la doctrina mayoritaria del TS sobre este cuestión, *La reducción unilateral de la jornada y los difusos límites del contrato a tiempo parcial: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014*, Dereito, núm. 1, 2014, p. 127.

²⁹ Cfr. Cabeza Pereiro, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 39.

³⁰ Directiva 97/81/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluida por la UNICE, el CEEP y la CES (DOCE de 20 de enero).

Convenio núm. 175 OIT, como el Acuerdo Marco, apuestan por el reconocimiento y aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los trabajadores a tiempo parcial en sus condiciones de trabajo. El *tertium comparationis*, como no, el trabajador a tiempo completo. En este contexto, para la trabajadora recurrente la reducción unilateral de su jornada de trabajo, solo a ella y no al resto de la plantilla, además del principio de voluntariedad, también vulnera el aludido principio de igualdad y no discriminación, de ahí su denuncia del art. 14 CE. Sin ánimo de anticipar cuestiones que serán tratadas con posterioridad, sirva por ahora referir el mérito de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia al analizar conjuntamente las dos vulneraciones alegadas, la del principio de voluntariedad y la del principio de igualdad. O como ella misma dispone, de lo que se trata es de analizar “el principio de voluntariedad en clave de principio de igualdad”³¹.

El cuadro de infracciones normativas en las que se sustenta el recurso de suplicación se completa con la mención del Derecho común de los contratos, en concreto, los arts. 1254 y siguientes CC, pues según la recurrente la empresa “incumplió lo pactado yendo contra sus propios actos al haberse comprometido a no reducir la jornada de las trabajadoras a tiempo completo”. El acuerdo al que se refiere la trabajadora en su recurso es el alcanzado entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores -comité de empresa- en el marco del procedimiento colectivo de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41.4 ET y en el que expresamente en una de sus cláusulas se hacía constar que dicho acuerdo “implica respetar las jornadas completas”³². La existencia de esta cláusula, cuya veracidad quedó debidamente acreditada con el correspondiente soporte documental, y la actuación posterior de la empresa reduciendo la jornada de la trabajadora justifica, sin más argumentos, la infracción alegada.

Como no podía ser de otra forma, la empresa se opuso al recurso de suplicación. Varios fueron sus motivos, aunque muchos de ellos resulten intrascendentes para la temática principal de este comentario de ahí que solo se mencionen dos que de ser admitidos podrían haber justificado un fallo diferente. Además, para su alegación, pero sobre todo para su justificación, la entidad recurrida no lo tuvo nada difícil. Así, frente a la presunta vulneración del principio de voluntariedad en el contrato a tiempo parcial a la mercantil le ha bastado, y no sin razón, alegar que no ha existido infracción alguna toda vez que el principio de voluntariedad “fue aplicado en los términos fijados en la sentencia de 7 de octubre de 2011”. Sin tanta contundencia, también se opuso a la vulneración

³¹ Fundamento jurídico cuarto.

³² Fundamento jurídico tercero, párrafo primero.

del principio de igualdad, pues para la empresa “existen motivos específicos para la reducción de la jornada de la trabajadora demandante derivados de la reducción considerable de los usuarios de su zona y de que se trataba de una trabajadora correturnos”³³.

2.3. La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia

Tras la estimación íntegra del recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora recurrente, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia revoca la sentencia de instancia y con admisión total de la demanda rectora de las actuaciones, declara la nulidad de la decisión empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo y condena a la empresa demandada a reponer a la trabajadora en las condiciones anteriores a la modificación.

Tras la lectura de sus fundamentos jurídicos la conclusión que se extrae es evidente: no ha lugar a imponer unilateralmente a un trabajador a tiempo completo la reducción de su jornada de trabajo y ello por una razón fundamental. A saber, tal reducción implica la transformación de su contrato en otro a tiempo parcial y como tal trabajador a tiempo parcial no puede ser tratado de forma diferente que un trabajador a tiempo completo comparable. Y sobre esta materia, esto es, sobre el análisis del cumplimiento o no del principio de igualdad de trato en la elección de la persona destinataria de la reducción y en el modo en que se ha justificado por la empresa dicha reducción, ha centrado todos sus argumentos la Sala de Galicia. Y al respecto, en sus fundamentos jurídicos deja constancia expresa de que la demandante es la “única trabajadora a tiempo completo a la que se le ha reducido la jornada”, existe, por lo tanto, un “trabajador a tiempo completo comparable –como exige la normativa comunitaria para apreciar la vulneración del principio de igualdad–”. Por otra parte, continúa argumentando la Sala, el que la reducción haya operado sobre una única trabajadora aparece como “indicio o principio de prueba de la existencia de desigualdad, determinando la inversión de la carga de la prueba”. En este escenario, le corresponde a la empresa “aportar una justificación objetiva, suficientemente probada, de la decisión adoptada y de su proporcionalidad”, exigencia que no se cubre con la acreditación de las causas generales de la regulación de empleo, ni tampoco con la mención del acuerdo con la representación del personal, sino con “su aplicación *in casu* a la trabajadora demandante”. Y aquí es donde, a juicio de la Sala, fracasa la prueba presentada por la mercantil demandada. Por un lado, acredita

³³ Fundamento jurídico tercero, párrafo segundo.

las circunstancias objetivas generales determinantes de su regulación de empleo, esto es, la reducción considerable de usuarios del servicio y que nadie, ni siquiera la propia recurrente, pone en duda. Por otro, también acredita que la trabajadora afectada por la reducción es de las que se conoce como trabajadora correturnos. Pero lo que no se prueba por la empresa es, en qué medida, esas mismas circunstancias afectarían y cómo al resto del personal a tiempo completo y ello, a juicio de la Sala, es lo “decisivo a los efectos de apreciar la existencia de vulneración de trato igual”. Esto es, si la aplicación a otros trabajadores de la empresa de los mismos criterios que determinaron la reducción de la jornada de la demandante hubiesen resultado irrelevantes, no habría trato desigual. En cambio, si su aplicación hubiese justificado otras reducciones de trabajadores a tiempo completo, sí se habría producido dicho trato desigual. Incluso, el TSJ de Galicia se cuestiona si ha operado alguna otra reducción de jornada sobre un trabajador a tiempo parcial para posibilitar la no afectación de otros trabajadores a tiempo completo. Por último, más allá de la actividad probatoria instada o no por las partes procesales, el propio contenido del acuerdo alcanzado entre el empresario y el comité de empresa en el ámbito del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo revela algunas de aquellas deficiencias probatorias, pues contiene varias incongruencias, que según el TSJ de Galicia, “solo pueden perjudicar a quien la produjo”, esto es, a la empresa demandada en las presentes actuaciones³⁴.

3. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 15 DE OCTUBRE DE 2014

Como ya fue anticipado en estas mismas páginas, en el fallo de la sentencia de Galicia fue determinante la dictada por el TJUE unos días antes, en concreto el 15 de octubre de 2014, aunque allí la controversia de partida era precisamente la inversa pues se trataba de la transformación, en contra de la voluntad de la trabajadora afectada, de un contrato laboral a tiempo parcial en otro a tiempo completo. Ahora bien, teniendo en cuenta que las cuestiones prejudiciales planteadas versaban sobre la interpretación del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, de 6 de junio de 1997, que figura como anexo de la Directiva 97/81/CE, sus argumentos le resultan plenamente aplicables y de ahí su consideración por el TSJ de Galicia.

³⁴ Todos los entrecomillados que aparecen en párrafo se corresponden con frases literales del fundamento jurídico cuarto de la STSJ de Galicia de 29 de octubre de 2014.

3.1. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

El procedimiento prejudicial ante el TJUE fue planteado en el marco del litigio existente entre el *Ministerio della Giustizia* italiano, como Administración empleadora, y una de sus trabajadoras en régimen de tiempo parcial, la Sra. *Mascellani*. A raíz de la entrada en vigor de la Ley italiana núm. 183/2010 que así lo permitía, el Ministerio de Justicia había procedido a revocar unilateralmente la dedicación parcial de su empleada, imponiéndole un régimen de trabajo a tiempo completo. La Sra. *Mascellani* pasó así de trabajar en régimen de media jornada 3 días a la semana a prestar sus servicios para la Administración en horario repartido durante 6 días.

Disconforme con su nuevo régimen de jornada, la Sra. *Mascellani* lo impugnó ante la jurisdicción competente al entender que la normativa italiana que permitía dicha conversión vulneraba el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, interpretación que fue compartida por el órgano judicial italiano que debía resolver el litigio y de ahí su remisión de cuestión prejudicial. Para el tribunal remitente la vulneración apuntada afectaba, en particular, a dos de las cláusulas de dicho Acuerdo Marco. En primer lugar, al apartado 2 de su cláusula 5 que “requiere, según él, habida cuenta de la prohibición de despido que establece, el acuerdo del trabajador si el empleador proyecta tal modificación del contrato de trabajo”³⁵. La prohibición de despido a la que se refiere y que contiene dicha cláusula 5.2 es la siguiente: “el rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial *o viceversa*, no debería por sí mismo constituir un motivo válido de despido (...)”. En fin, para el tribunal italiano que planteó el procedimiento ante el TJUE, de tal prohibición de despido se desprende la necesidad de que la conversión sea siempre acordada entre las partes, lo que bajo la cobertura de una ley nacional no había sucedido en los hechos controvertidos y de ahí su impugnación.

La segunda vulneración denunciada es la de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco. Para el tribunal nacional una normativa como la italiana que permite al empleador la transformación de un contrato a tiempo parcial en otro a tiempo completo “contra la voluntad del trabajador”, discrimina a los trabajadores a tiempo parcial frente a los trabajadores a tiempo completo, discriminación expresamente prohibida por la citada cláusula 4.1. Y ello es así, toda vez que “a diferencia de los trabajadores a tiempo completo” los trabajadores a tiempo parcial van a quedar sometidos a la “potestad del empleador público para modi-

³⁵ Apartado 15 STJUE de 15 de octubre de 2014.

ficar unilateralmente la duración de su tiempo de trabajo”³⁶. Con esta alegación se entiende, aunque no se diga expresamente, que el órgano judicial italiano parte de que la conversión de tiempo completo a tiempo parcial es siempre voluntaria y de ahí su denuncia de la diferencia de trato entre unas y otras categorías de trabajadores, pues como ordena la citada cláusula 4.1 del Acuerdo Marco “por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.

3.2. El pronunciamiento del TJUE

Tras la descripción y análisis del marco jurídico aplicable, esto es, del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial y la legislación italiana en conflicto, el TJUE concluye que no existió ninguna de las vulneraciones denunciadas. En particular, declara que dicho Acuerdo Marco no se opone a una normativa nacional que permita a un empleador disponer la transformación de un contrato a tiempo parcial en uno a tiempo completo sin el acuerdo del trabajador afectado³⁷. Y las razones a partir de las cuales el TJUE argumenta su fallo son fundamentalmente las dos siguientes:

En primer lugar y a propósito del sentido que debe otorgarse a la cláusula 5.2 del Acuerdo Marco, reconoce que de su contenido no se desprende que los Estados estén obligados a “adoptar una normativa que supedita al acuerdo del trabajador la transformación de su contrato laboral a tiempo parcial en contrato laboral a tiempo completo”³⁸. Es más, continúa argumentando el TJUE, “dicha disposición solo pretende impedir que la negativa de un trabajador a la tal transformación de su contrato laboral pueda ser el único motivo de su despido, a falta de otros motivos objetivos”³⁹. De todo ello se deduce que la cláusula 5.2 “no se opone a una normativa que permita al empleador disponer, por tales motivos, la transformación de un contrato laboral a tiempo parcial en contrato laboral a tiempo completo sin el acuerdo del trabajador afectado”⁴⁰, tal y como sucedía

³⁶ Apartado 15 STJUE de 15 de octubre de 2014.

³⁷ Fallo STJUE de 14 de octubre de 2014.

³⁸ Apartado 23 STJUE de 15 de octubre de 2014.

³⁹ Apartado 23 STJUE de 15 de octubre de 2014.

⁴⁰ Apartado 24 STJUE de 15 de octubre de 2014.

con la ley italiana impugnada. Eso sí, aunque sea posible tal transformación repárese en que el TJUE deja entrever que ha de tratarse de una *transformación causalizada*. O por lo menos, eso parece cuando dice “por tales motivos”. Lo deseable aquí es entender que se refiere a los concurrentes en los hechos controvertidos y que, como tal, justificaron la decisión empresarial de ampliación de la jornada de la trabajadora. De no existir causa justificativa, la transformación no sería posible. La causalización de la decisión empresarial vuelve a evidenciarse en el propio fallo de la sentencia cuando advierte de la concurrencia de “circunstancias como las del litigio principal”.

La segunda de las razones en las que el TJUE justifica el sentido de su fallo gira en torno a desvirtuar la discriminación apuntada por el órgano judicial remitente y prohibida por la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco. Para el TJUE no existe tal discriminación ya que “una *situación* en que el contrato laboral a tiempo parcial se transforma en contrato laboral a tiempo completo sin el acuerdo del trabajador afectado *no es comparable* con otra en que el contrato laboral a tiempo completo del trabajador se transforma en contrato laboral a tiempo parcial contra la voluntad de éste”⁴¹. La razón, porque “la reducción del tiempo de trabajo no tiene las mismas consecuencias que su incremento, en particular, en el plano de la remuneración del trabajador, que constituye la contrapartida del trabajo”⁴². En fin, con este razonamiento parece que el TJUE acude a la figura del tercero en comparación -el *tertium comparationis*- a la que alude la misma cláusula 4.1 y que define la 3.2 del Acuerdo Marco bajo la rúbrica de “trabajador a tiempo completo comparable”⁴³, tercero que no identifica en los hechos controvertidos y de ahí que no reconozca ninguna discriminación. Sin embargo, no es que dicho tercero no exista o no sea identificable lo cual, por otra parte, evocaría aquí toda la problemática conceptual existente sobre la delimitación y alcance del concepto de trabajador a tiempo completo comparable⁴⁴. Lo que no existe, según el TJUE, es una *situación comparable* entre las dos categorías de

⁴¹ Apartado 27 STJUE de 15 de octubre de 2014.

⁴² Apartado 27 STJUE de 15 de octubre de 2014.

⁴³ “Trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento, que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias. En caso de que no exista un trabajador a tiempo completo comparable en el mismo establecimiento, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales”.

⁴⁴ Un interesante análisis de toda esta cuestión, en Cabeza Pereiro, J., *El trabajo a tiempo parcial...*, op. cit., pp. 49 ss.

trabajadores afectados por una eventual conversión de sus contratos. Al respecto, téngase en cuenta que para apreciar la diferencia de trato apuntada no es suficiente la comparación entre un trabajador a tiempo parcial y un trabajador a tiempo completo comparable, sino que además es necesario que los dos trabajadores estén también en una situación comparable⁴⁵. Y ello es así, toda vez que la prohibición de discriminación que menciona el propio Acuerdo Marco y a la que alude el órgano judicial remitente “constituye una expresión específica del principio general de igualdad –uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario- que prohíbe que se traten de manera diferente situaciones comparables a menos que este trato esté justificado”. Por lo tanto “este principio solo puede aplicarse a las personas que se encuentren en situaciones comparables”⁴⁶. Y esto es, según el TJUE y por las razones antes apuntadas, lo que no sucede en la controversia de partida: las dos conversiones –tiempo parcial a tiempo completo y tiempo completo a tiempo parcial- no son situaciones comparables y no tanto por cada conversión en sí misma considerada, que también, sino más bien por las consecuencias derivadas de las mismas, en particular, en el plano de la remuneración por lo que representa como contrapartida por el trabajo realizado.

3.3. Valoración crítica de los argumentos del TJUE

Al margen de su relación con la sentencia del TSJ de Galicia y que se analizará con posterioridad, corresponde ahora emitir alguna opinión crítica acerca de

⁴⁵ La operación de búsqueda y comparación entre un trabajador a tiempo parcial y un trabajador a tiempo completo comparable, en situaciones también comparables, se pone en evidencia en uno de los escasos pronunciamientos del TJUE sobre prohibición de discriminación en el trabajo a tiempo parcial. Se trata, en concreto, de la sentencia de 10 de junio de 2010, asuntos acumulados *Bruno y Pettini*, C-395/08 y C-396/08. La controversia de origen giraba en torno al cómputo de la antigüedad requerida para poder acceder a la pensión de jubilación, toda vez que en el caso de los trabajadores a tiempo parcial vertical –los que solo prestan servicios determinadas semanas o meses al año- la normativa italiana controvertida excluía los períodos de tiempo no trabajados. Se alegaba entonces una “diferencia de trato basada únicamente en el trabajo a tiempo parcial”. Para responder a la cuestión planteada, el TJUE toma como punto de partida el trabajador a tiempo parcial referido en los autos y a continuación busca un trabajador a “tiempo completo” con el que compararlo pero que además “se encuentre en una situación comparable” (apartado 59). Para identificarlo asume la definición de “trabajador a tiempo completo comparable” de la cláusula 3.2 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial y la aplica al caso concreto (apartados 60 y 61). Y finalmente, analiza si la situación controvertida que afecta a uno y a otro trabajador es comparable, esto es, si se trata de una “situación comparable” (apartado 62) a lo que el TJUE contesta afirmativamente.

⁴⁶ Así, con cita de otras anteriores STJUE 12 octubre de 2004, asunto *Wippel y Peek*, C-313/02.

los argumentos vertidos por el TJUE para justificar su fallo, pues aunque *a priori* pudieran parecer acertados una reflexión algo más pausada pone de manifiesto ciertas carencias.

Por un lado, sobre la interpretación del contenido de la cláusula 5.2 del Acuerdo Marco. Al respecto, el TJUE partía de la siguiente premisa: queda prohibido despedir al trabajador que rechaza la transformación de su contrato de tiempo completo a tiempo parcial o viceversa, sin perjuicio de que su despido procediese por otros motivos, entre los que, de acuerdo con la aquella norma, mencionaba las necesidades de funcionamiento de la empresa. Y son tales motivos, continuaba argumentando el TJUE, los que una vez establecidos en una disposición normativa interna, como sucedía con la ley italiana impugnada, permitirían la transformación unilateral, pero causalizada, de un contrato de trabajo, en el caso controvertido de tiempo parcial en otro a tiempo completo. Ahora bien, sin entrar a debatir sobre el discutido alcance de la protección frente al despido que otorga esta cláusula 5.2 al trabajador objeto de conversión contractual⁴⁷, el TJUE olvida un elemento esencial en el trabajo a tiempo parcial, cual es, la voluntariedad que proclama el apartado b) de su cláusula 1 y que se proyecta sobre todo el contenido del Acuerdo Marco, y muy en particular, sobre su cláusula 5, como así se reconoce expresamente⁴⁸. En fin, dicha cláusula 1.b) dispone que uno de los objetivos del Acuerdo Marco es “facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial sobre una base *voluntaria* y contribuir a la organización flexible del tiempo de trabajo de una manera que tenga en cuenta las necesidades de los empresarios y de los trabajadores”. Desde una perspectiva doctrinal, no parece que el significado de esta voluntariedad plantee muchas dudas, por lo menos en la doctrina española. Al respecto, es unánime la opinión de que la aludida voluntariedad no solo se limita al momento de celebración *ex novo* del contrato de trabajo, sino que se extiende también a todo su régimen jurídico, entre otros aspectos, a su eventual conversión de tiempo parcial en completo y viceversa, a las peticiones de transformación que puedan efectuar los propios trabajadores y a las informaciones que a tal fin deban ofrecerse a dichos trabajadores⁴⁹. Incluso, con mucha contundencia se ha afirmado que la voluntariedad “se proyecta en la prohibición de conversión impuesta unilateralmente

⁴⁷ Al respecto, puede consultarse Cabeza Pereiro, J., *El trabajo a tiempo parcial...*, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁸ No en vano la cláusula 5 del Acuerdo marco comienza así: “en el contexto de la cláusula 1 del presente Acuerdo (...)”.

⁴⁹ Vicedo Cañada, L., *El trabajo a tiempo parcial: régimen sustantivo*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 158 ss.

por el empresario y que tiene su refrendo en el establecimiento de determinadas garantías para el trabajador que se niegue a tal pretensión”⁵⁰. Y sin embargo, el TJUE en su sentencia de 15 de octubre de 2014, permite al empresario imponer, de forma causal pero unilateralmente -en definitiva, imponer-, dicha conversión, sin que el trabajador pueda negarse, pues el empresario ha aportado razones justificativas de dicho cambio.

Por otro lado, y aunque nada diga expresamente el TJUE –es más, parece que no admite esta conversión-, la interpretación que propugna sobre el contenido de la cláusula 5.2 del Acuerdo Marco debería permitir también la conversión inversa, esto es, de tiempo completo a tiempo parcial siempre que dicha conversión estuviese debidamente justificada por las razones oportunas. De lo contrario, la argumentación vertida por el TJUE para defender la conversión inversa –de tiempo parcial a tiempo completo-, resultaría a todas luces inconsistente, y además, incoherente⁵¹. Repárese en que la aludida cláusula 5.2 ordena los efectos de la transferencia “de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa” sin distinciones. Y también la 5.3 ya que cuando regula la toma en consideración por los empresarios de las peticiones de transferencia de los trabajadores, menciona por igual y sin distinción, las de tiempo completo a tiempo parcial y las de tiempo parcial a tiempo completo. Pero si oponerse a la conversión justificada de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial fuese incoherente con la admisión de la conversión inversa, admitirla plenamente daría lugar a situaciones paradójicas, incluso absurdas, en particular, en el ordenamiento jurídico español. En fin, como se trataría de una conversión justificada, aunque el trabajador no la consintiese no podría oponerse. Al no poder oponerse, tan solo le restarían dos opciones, o desistir o resignarse a trabajar a tiempo parcial. Ni que decir tiene que el desistimiento, al ser *voluntario*, le alejaría de cualquier posibilidad de percibir la prestación por desempleo. Pero sucedería lo mismo si continuase *involuntariamente* prestando servicios, a partir de ese momento a tiempo parcial, pues al no haberse adoptado la decisión en el marco de un expediente de regulación de empleo temporal del art. 47 ET tampoco sería posible el desempleo parcial.

⁵⁰ García-Perrote Escartín, I. y Nieto Rojas, P., *Aspectos laborales del contrato a tiempo parcial*, Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 22, 2010, p. 25.

⁵¹ Como advierte De Heredia Ruiz, I.B., en un interesante comentario de su blog con ocasión de la publicación de la STJUE de 15 de octubre de 2015: “desde el punto de vista de la coherencia interna del fallo, es difícil aceptar que la regla de conversión unilateral solo sea válida unidireccionalmente. Esto es, cuando se trata de pasar de un contrato de trabajo a tiempo parcial a uno a tiempo completo y no a la inversa”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, blog propio del autor. <http://ibdehere.com/>

Por último, aunque la comparación que efectúa el TJUE entre las dos situaciones comparables -conversión de tiempo parcial a tiempo completo o conversión de tiempo completo a tiempo parcial- produzca un resultado no del todo desechable, la comparación en sí vuelve a resultar inconsistente, sobre todo cuando se fundamenta en unos parámetros tan abiertos como son o pueden ser los perjuicios o las ventajas asociados a cada una de esas alternativas⁵². No se trata de obviar el incremento o la discriminación retributiva que conllevaría cada una de las conversiones contractuales, y cuyas ventajas o inconvenientes, respectivamente, no se desconocen. Desde luego, el perjuicio del que se ve obligado a reducir su jornada de tiempo completo a tiempo parcial no se niega⁵³. Pero es mucho presumir que toda transformación de tiempo parcial a tiempo completo vaya a satisfacer al trabajador afectado. Téngase en cuenta que el contrato a tiempo parcial puede responder, y ello sería lo deseable, a una elección voluntaria del trabajador, ya sea por razones familiares, por compatibilidad con los estudios, por disfrutar de más tiempo de ocio, o incluso, por compatibilizarlo con otro u otros trabajos. En todas estas situaciones, y en cualquier otra en que la parcialidad sea realmente querida por el trabajador, es evidente que su conversión en un trabajo a tiempo completo puede ser igual, o incluso más perjudicial, que la conversión inversa.

4. CRÍTICA DE LA SENTENCIA DE SUPPLICACIÓN DE LA SALA DE GALICIA

4.1. La ruptura *acertada* con la doctrina del TS

Como se ha anticipado al principio de este comentario, el fallo de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, en su sentencia de 29 de octubre de 2014, es ciertamente audaz al apartarse de una doctrina de casación reiterada en un número significativo de casos y que en definitiva permite la reducción de la jornada del trabajador “por el ordeno y mando”⁵⁴. Es cierto que los argumentos del TS para justificar la jurisprudencia anterior son algo inconsistentes y en ocasiones han

⁵² La apertura de los parámetros de comparación han sido criticados por De Heredia Ruiz, I.B. en el blog antes citado, <http://ibdehere.com/>

⁵³ Así también lo destaca Cabeza Pereiro, J., citando a Lyonette, C., Baldauf, B. y Behle, H., *El trabajo a tiempo parcial...*, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁴ Como así se titula el trabajo antes citado de Cabeza Pereiro, J. Y Fernández Docampo, B., *Reducción de la jornada...*, *op. cit.*, p. 171.

llevado a resultados paradójicos e incongruentes, pero ésa y no otra, es su doctrina. Con todo, la falta de sustento jurídico de algunos de ellos, hace que no esté de más aquí recordarlos y con ello confirmar la virtud de la sentencia de Galicia al escrutar, pese a todo, otros y poder así defender una opinión diferente.

La primera de aquellas incongruencias es tan evidente que hasta no parece del todo cierta. Sin embargo, la obstinación del TS al respecto hace que su mención resulte más que obligada en esta sede. Se trata, como no, de toda la problemática que rodea la relación existente entre la reducción de la jornada y el desempleo del trabajador. Como se sabe, el desempleo parcial solo está previsto para supuestos en los que la reducción proceda de un expediente de regulación de empleo del art. 47 ET y no de una modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 lo que, *a priori*, teniendo en cuenta el carácter temporal de las medidas del art. 47 ET y el posiblemente definitivo del art. 41 ET⁵⁵ puede resultar un tanto llamativo. Sin embargo, si se atiende a las razones que provocaron esta regulación, la conclusión que se extrae es otra diferente. A tal efecto, hay que remontarse a la reforma del ET, en el año 1994, que suprimió el intervencionismo administrativo en la modificación sustancial de condiciones de trabajo⁵⁶. Hasta ese momento cualquier desempleo parcial, tanto el resultante de un expediente de regulación de empleo como el derivado de una modificación sustancial, estaban protegidos. La supresión de la intervención administrativa en el art. 41 ET llevó al legislador a modificar también la LGSS, en concreto, su art. 203. Así pues, tras la reforma de 1997⁵⁷, el único desempleo parcial que quedaba protegido era el temporal que además se definía legalmente como aquel “autorizado en un expediente de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las

⁵⁵ Aunque el art. 41 ET nada diga al respecto, se sobreentiende que las modificaciones de condiciones de trabajo allí previstas tienen vocación de permanencia. Piénsese en particular en la jornada cuya reducción *causalizada* podrá operarse por el cauce del 47.2 ET o del 41 ET. Teniendo en cuenta que las causas son las mismas y que el art. 47.2 ET se concibe expresamente con carácter temporal, lo lógico es que la del art. 41 ET tenga vocación de permanencia. No obstante, como ya se ha puesto de manifiesto por la doctrina, el que el art. 41 ET no precise el carácter temporal o definitivo de sus modificaciones deja en manos del empresario la elección de uno y otro cauce de reducción con los consabidos efectos en la protección por desempleo. Entre otros, véase Fernández Villazón, L.A., *La reducción de la jornada de trabajo como medida de flexibilidad interna: articulación de los diversos instrumentos legales*, RL, núm. 19-20, 2012, pp. 6 ss (versión digital).

⁵⁶ Ley 11/1994, de 11 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 23 de mayo).

⁵⁷ Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre).

reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período de vigencia del contrato de trabajo”. Obviamente el que la Seguridad Social solo proteja esta clase de desempleo parcial, no puede justificar la exclusión de la protección para cualquier otro que no alcance la jornada completa, como sucedería, si se atiende a la doctrina del TS, con el precedente de una modificación sustancial de condiciones del art. 41 ET. El resultado sería, como sucede en la actualidad, completamente absurdo: el desempleo parcial temporal tendría protección, en cambio el definitivo no. Por lo tanto, la única respuesta válida a la cuestión planteada al principio de este párrafo ha de ser el rechazo a la admisión de cualquier otra reducción *impuesta* de jornada completa de un trabajador que no sea la del art. 47 ET⁵⁸. Otra cosa diferente es que la reducción opere sobre un contrato a tiempo parcial en origen sobre el que sí es posible la aplicación del art. 41 ET pues no afectaría a su naturaleza jurídica⁵⁹. En la actualidad, tras la supresión en el año 2012 de la autorización administrativa también en los expedientes temporales de regulación de empleo del art. 47 ET⁶⁰, la situación sigue siendo idéntica como lo confirma la reforma operada sobre el art. 203.3 LGSS para adaptar su contenido a la nueva ordenación laboral⁶¹.

La segunda de las paradojas o incongruencias de la doctrina del TS afecta a una cuestión de orden más práctico pero también de gran relevancia, como es, la calificación del contrato que vincula al trabajador con su empresario tras la reducción *impuesta* de su jornada de trabajo y, por lo tanto, su régimen jurídico

⁵⁸ Sobre este tema ya se había pronunciado el TCo hace varios años en su sentencia 213/2005, de 21 de julio, advirtiendo de la novación contractual contraria a la regulación del contrato a tiempo parcial: “la exclusión legal de la protección por desempleo de las situaciones derivadas de dichos supuestos [en alusión al art. 41 ET] habrá de ser valorada, a partir de dicho momento, teniendo en cuenta el dato legal sobrevenido del carácter necesariamente voluntario para el trabajador de tales modificaciones”. Sobre esta sentencia y sus efectos, véase Cabeza Pereiro, J., *Consideraciones sobre el desempleo parcial. Con ocasión de la STC 213/2005, de 21 de julio*, AL, núm. 20, 2005.

⁵⁹ Así lo reconocen, entre otros, De Heredia Ruiz, I.B., *Principio de voluntariedad ex art. 12.4.e) ET: un obstáculo (infranqueable) para la reducción de jornada ex art. 41 y 47 ET*, AL, núm. 6, 2013, p. 2 (versión digital) y Sanz De Galdeano, B., *La reducción unilateral de la jornada y los difusos límites...*, *op. cit.*, p. 129.

⁶⁰ RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero y Ley 3/2012, de 6 de julio.

⁶¹ También por RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero y Ley 3/2012, de 6 de julio. Desde entonces, se entiende por desempleo parcial “la reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo” decidida “por el empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, sin que estén comprendidas las reducciones de jornada definitivas o que se extiendan a todo el período de vigencia del contrato de trabajo”, cfr. art. 203.3 LGSS.

regulador. Como fue glosado en páginas anteriores, para el TS tal reducción no provoca la conversión de tiempo completo a tiempo parcial sino tan solo la mera reducción de la jornada en un contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica. En fin, como también se dijo en su momento, el trabajador persiste con la categoría de trabajador a jornada completa, pero con su jornada reducida, lo cual no deja de sorprender y mucho. Al respecto, téngase en cuenta que el régimen jurídico aplicable al contrato a tiempo parcial es sustancialmente diferente del aplicable al contrato a tiempo completo y no solo en materia estrictamente laboral, sino también en el ámbito de la Seguridad Social últimamente objeto de reformas de gran calado⁶². Por otra parte, la frontera que delimita una y otra modalidad contractual es “puramente cuantitativa”⁶³ y se limita a examinar la cantidad de jornada durante la que se prestan los servicios, de ahí la consideración legal de trabajador a tiempo parcial como aquel que presta sus 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 tiempo completo comparable”⁶⁴. Y pese a ello, el TS no le reconoce la categoría de trabajador a tiempo parcial. Para justificar su criterio, el alto Tribunal menciona otros supuestos legales de reducción de jornada que tampoco provocan la conversión de categoría contractual de tiempo completo a tiempo parcial, tales como, los derivados del ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, como la lactancia del art. 37.4 ET y la guarda legal o cuidado directo de un familiar del 37.5 ET. Como es sabido, en estas situaciones estamos ante un trabajador a tiempo completo con jornada reducida. Sin embargo, hay una diferencia fundamental entre estas reducciones y la impuesta por el empresario por el cauce del art. 41 ET: su voluntariedad y, por ende, su transitoriedad. El trabajador que reduce su jornada por razones de conciliación lo hace voluntariamente cuando concurra alguna de las causas previstas legalmente. Ahora bien, no es necesario que dicha causa haya desaparecido para que pueda retornar a su situación de jornada completa, lo que convierte la reducción siempre en voluntaria y transitoria. No

⁶² Solo en los 2 últimos años se pueden citar las siguientes: RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto, de protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 3 de agosto), RD-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajador y RD-Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes (BOE de 28 de febrero).

⁶³ Así lo destaca Sanz De Galdeano, B., *La reducción unilateral de la jornada y los difusos límites...*, *op. cit.*, p. 132.

⁶⁴ Cfr. art. 12.1 ET.

ocurre lo mismo en el caso de que el empresario utilice la vía del art. 41 ET para reducir la jornada de su trabajador. Cualquiera que sea su intención inicial sobre su duración, el retorno a la jornada completa solo va a depender de su voluntad –de la del empresario–, por eso que al contrario de las anteriores, obligatoriedad y permanencia en el tiempo son sus caracteres definidores y de ahí su separación⁶⁵.

4.2. El recurso al principio de igualdad

Una vez relegada la doctrina del TS sobre la reducción de jornada por la vía del art. 41 ET, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia anuncia que la justificación del sentido de su fallo se hará a partir del análisis del principio de voluntariedad que preside toda la ordenación del trabajo a tiempo parcial pero ello lo será desde la perspectiva del principio de igualdad. Como literalmente indica la Sala, cuando se trata de la transformación de un contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial el examen de su viabilidad conduce a “declinar el principio de voluntariedad en clave de principio de igualdad”⁶⁶. Y aunque el resultado al que llega es el aquí defendido y el único jurídicamente correcto al anular la decisión empresarial de reducir sustancialmente la jornada de la trabajadora, sus fundamentos podrían haber sido otros diferentes. Incluso alguno podría tildarse de superfluo. Con todo, son totalmente respetuosos con la doctrina proclamada por el TJUE en el asunto *Mascellani* y con las conclusiones del abogado general, lo cual les otorga un definitivo halo de seguridad jurídica, por lo menos dentro del sistema de recursos y organización de los tribunales del orden social.

En fin, para argumentar su fallo el TSJ de Galicia podría haber aplicado la doctrina que aunque no de forma expresa pero sí indirectamente, se infiere de la STJUE sobre la conversión *impuesta* de tiempo completo a tiempo parcial. Para el Tribunal de Luxemburgo la transformación de un contrato a tiempo parcial en otro a tiempo completo es posible, aun sin el acuerdo del afectado, siempre que existan razones que la justifiquen. La que no sería posible es la transformación

⁶⁵ La diferencia entre las reducciones de jornada por razones de conciliación y las reducciones de jornada como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, también fue puesta de manifiesto por Sanz De Galdeano, B., *La reducción unilateral de la jornada y los difusos límites...*, *op. cit.*, p. 132.

⁶⁶ Fundamento jurídico cuarto, párrafo segundo.

inversa –y esta conclusión es la que no consta expresamente, pero sí de forma indirecta–, esto es, de tiempo completo a tiempo parcial. Admitir una conversión y rechazar la otra, continuaba argumentando el TJUE, no vulnera el principio de igualdad de trato en detrimento de los trabajadores a tiempo parcial, puesto que las situaciones en las que se encuentran las dos categorías de trabajadores en ambas conversiones no son comparables. Lo que ocurre es que la Sala de Galicia, en un afán por seguir fiel y literalmente la doctrina del TJUE y así poder razonar sin fisuras su fallo, ha querido aplicar exactamente los mismos fundamentos que decidieron el asunto *Mascellani* sobre el litigio planteado a nivel autonómico, eso sí con las diferencias exigidas por las particularidades que presenta cada caso en particular. Quizás en la mente de los integrantes de la Sala gallega palpitase con fuerza la relatividad con la que el propio TJUE y el abogado general interpretaron el alcance del principio de voluntariedad del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial. Como contrapartida, adquiere pues todo el protagonismo la comprobación del cumplimiento del principio de igualdad de trato en la reducción de la jornada operada sobre la trabajadora demandante.

Bajo estas premisas, el TSJ se centra, en primer lugar, en la búsqueda del tercero en comparación, esto es, el *tercero a tiempo completo comparable* y que además se encuentre en una *situación comparable*, pues solo a partir de ahí y de acuerdo con la normativa comunitaria será posible comprobar el cumplimiento del principio de igualdad en la decisión empresarial recaída sobre la actora. Y en esa búsqueda el órgano judicial autonómico no lo ha tenido difícil, pues según el mismo puntualiza la demandante “ha sido la única trabajadora a tiempo completo de toda la plantilla a la cual se le ha reducido la jornada”, por lo tanto “existe trabajador a tiempo completo comparable”. Además, continúa señalando el TSJ, el que sea la única de la empresa a la que se le ha reducido la jornada aparece como un “indicio o principio de prueba de la existencia de desigualdad determinando la inversión de la carga de la prueba”⁶⁷. Al respecto, téngase en cuenta el contenido del art. 181.2 LJS⁶⁸ que regula el *onus probandi* cuando se alega la vulneración de un derecho fundamental con la idea de facilitar al trabajador la prueba de la lesión al producirse, la mayoría de las veces, de forma encu-

⁶⁷ Todos los entrecomillados de este párrafo se corresponden con el fundamento jurídico cuarto, párrafo segundo.

⁶⁸ “En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

bierta bajo la apariencia de un acto empresarial legítimo⁶⁹. Con todo, aunque la Sala mencione la “inversión de la carga de la prueba”, como es sabido, el art. 181.2 LJS no impone propiamente una inversión, sino más bien un reparto de la carga probatoria⁷⁰. En definitiva, a la trabajadora demandante le corresponde aportar los indicios de que se ha producido la vulneración invocada y a la empresa demandada probar no solo que su decisión se ajusta a la legalidad sino que además es ajena a todo propósito de vulneración de un derecho fundamental⁷¹. En la terminología del art. 181.2 LJS la referida carga probatoria del demandante pasa por la aportación de una “justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Con este marco jurídico y con gran acierto, la Sala de Galicia hace suya la doctrina del TCo acerca del alcance de la carga probatoria del demandado para poder destruir el clima de vulneración infundado con los indicios aportados por la actora y concluye como ya se sabe, esto es, con la estimación de la vulneración del principio de igualdad. Por un lado, la empresa demandada acredita, con carácter general, las “causas justificativas para la regulación de empleo”, incluso el “acuerdo alcanzado con la representación del personal” al que se refiere el art. 41.4 ET. Sin embargo, el TSJ advierte que tales pruebas no satisfacen las exigencias del art. 181.2 LJS. Lo relevante en estos casos “no es la justificación general, sino su aplicación *in casu* a la trabajadora demandante”⁷², de ahí la búsqueda del trabajador a *tiempo completo comparable* y, además, en *situación comparable*. Es decir, de lo que se trata es de conocer en qué medida la aplicación de los mismos criterios que justificaron la reducción de la jornada de la actora al resto del personal a tiempo completo de la empresa justificarían otras

⁶⁹ La necesidad de facilitar la prueba cuando se alega vulneración de un derecho fundamental surgió incluso antes de la propia ordenación laboral de los procedimientos de tutela. Como sentencia de referencia se cita la del TCo 38/1981, de 23 de diciembre. Al respecto, véase Fernández López, M^a.F., “Modalidades procesales (IX). El proceso de tutela de derechos fundamentales”, en AA.VV., *Lecciones de jurisdicción social...*, op. cit., p. 623.

⁷⁰ Así lo recuerdan Fernández López, M^a.F., “Modalidades procesales (IX). El proceso de tutela de derechos fundamentales”, en AA.VV., *Lecciones de jurisdicción social...*, op. cit., p. 625 y Fabregat Monfort, G., “Tutela de los derechos fundamentales y derechos de conciliación de la vida laboral y familiar”, en AA.VV., *La nueva Ley de la Jurisdicción Social* (Rodríguez Pastor, G.E. y Alfonso Mellado, A.L.), Bomarzo, Albacete, 2012, p. 219.

⁷¹ Así lo resume Fernández López, M^a.F., a partir de la doctrina del TCo al interpretar el contenido de la normativa procesal reguladora, “Modalidades procesales (IX). El proceso de tutela de derechos fundamentales”, en AA.VV., *Lecciones de jurisdicción social...*, op. cit., p. 625.

⁷² Éste y los entrecomillados anteriores del párrafo se corresponden con el fundamento jurídico cuarto, párrafo tercero.

reducciones pues solo así podría comprobarse el cumplimiento o no del principio de igualdad. Y como se trata de un dato desconocido para el TSJ por falta de prueba, la conclusión no puede ser otra diferente a la estimación del trato desigual. El órgano judicial desconoce “en qué medida han resultado afectadas las zonas del resto del personal” y en caso de haber sido afectadas si esa “afectación ha repercutido exclusivamente sobre el personal de las zonas afectadas o las consecuencias de esa afectación se han trasladado al personal a tiempo parcial de otras zonas para posibilitar la no afectación del personal a tiempo completo”. Es más, por desconocer, advierte el TSJ, se desconoce si en la empresa existen “otras trabajadoras a tiempo completo que también son corre- turnos, pues de ser así en algún caso no se les habría reducido su jornada, con la cual ya quedaría directamente acreditado el trato desigual”⁷³. Huelga decir, que en este último caso la *situación comparable* no admitiría ningún género de dudas.

Por último, en cuanto al acuerdo con la representación del personal, según el TSJ su contenido no hace más que confirmar las deficiencias probatorias anteriores. Al margen de una serie de incongruencias en las que no se va a entrar, la generalidad de su contenido juega de nuevo en su contra para poder desvirtuar el clima de vulneración creado con los indicios, pues impide efectuar la necesaria operación de comparación entre la trabajadora demandante y el resto del personal de la empresa en situación comparable. Es más, según el TSJ “la oscuridad sobre los criterios de designación solo puede perjudicar a quien la produjo”⁷⁴.

5. CONCLUSIÓN

La Sala de lo Social del TS permite al empresario imponer a su trabajador la reducción de su jornada de trabajo por la vía del art. 41 ET. Y ello pese a ser múltiples las razones que se oponen a legalidad de dicha doctrina. Por un lado, porque con tal reducción se produce una conversión contractual –tiempo completo a tiempo parcial- no consentida por una de las partes, el trabajador, y por lo tanto prohibida por la regulación del trabajo a tiempo parcial. Sin embargo, es esa falta de consentimiento del trabajador la que permite al TS no reconocer dicha conversión y admitir así la reducción. Por otro lado, porque pese a tratarse de una reducción de jornada *involuntaria* el trabajador carece de

⁷³ Todos los entrecomillados son del fundamento jurídico cuarto, párrafo cuarto.

⁷⁴ Fundamento jurídico cuarto, último párrafo.

protección por desempleo, pues en el ordenamiento jurídico solo se protege el desempleo parcial y temporal efectuado al amparo del art. 47 ET. Y por último, al no admitirse la conversión contractual, se produce la extraña situación en la que el trabajador persiste con la categoría de trabajador a jornada completa pero con jornada reducida por decisión unilateral de su empresario y cuya única posibilidad de retorno al tiempo completo también depende únicamente y exclusivamente de aquél.

La sentencia del TSJ de Galicia de 29 de octubre de 2014 se aparta totalmente de la doctrina anterior. Pero no lo hace contraviniendo sus argumentos, lo cual al margen de constituir una infracción jurisprudencial prohibida justificaría la interposición del correspondiente recurso de casación⁷⁵, sino que añade otros diferentes que no hacen más que confirmar el desacierto del TS al persistir en una doctrina que “suscita más interrogantes que respuestas”⁷⁶. Eso sí, en estos casos de reducción de la jornada del trabajador *ex* art. 41 ET, la Sala gallega parte del reconocimiento de la transformación contractual –tiempo completo en tiempo parcial- de ahí su obsesión con la interpretación del principio de voluntariedad, pero no de forma aislada, sino en relación con el principio de igualdad. Como se hace constar expresamente en la referida sentencia cuando se trata de la transformación de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial el examen de su viabilidad conduce a “declinar el principio de voluntariedad en clave de principio de igualdad”⁷⁷. Al respecto, téngase en cuenta que los dos principios –voluntariedad e igualdad de trato-, presiden toda la ordenación comunitaria e interna del trabajo a tiempo parcial. Precisamente una eventual contradicción entre una normativa nacional, concretamente italiana, con el Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial de 1997, dio lugar a la sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2014 a partir de la cual la Sala de Galicia justifica su fallo y anula la decisión empresarial de modificación de jornada por la vía del art. 41 ET. En definitiva, para el TSJ de Galicia y siguiendo la doctrina del TJUE, la reducción de jornada operada sobre una única trabajadora de la empresa supone una transformación *no consentida* de su contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial y como tal trabajadora a tiempo parcial no puede ser tratada de forma diferente que un trabajador a tiempo completo

⁷⁵ Art. 207 e) LJS.

⁷⁶ Cfr. Cabeza Pereiro, J. y Fernández Docampo, B., *Reducción de la jornada...*, *op. cit.*, p. 190.

⁷⁷ Fundamento jurídico cuarto, párrafo segundo.

comparable. A partir de ahí, la Sala gallega procede al análisis del cumplimiento del principio de igualdad de trato en la elección de la trabajadora demandante como única destinataria de la reducción y en el modo en el que se justificó por la empresa dicha reducción. Y tal operación de comprobación se hace con la contundencia y claridad expositiva que proporciona el dominio más absoluto de un tema, como sucede con el ponente de la sentencia autonómica y el principio de igualdad⁷⁸. Y sus conclusiones son definitivas: el que la actora haya sido la única trabajadora a tiempo completo a la que se le ha reducido la jornada es un indicio de la existencia de desigualdad que no queda destruido con una acreditación general de las causas justificativas de la reducción, sino con su aplicación *in casu* a la demandante y al resto de trabajadores en la misma situación, pues solo así se podrá comprobar si procederían o no más reducciones y por lo tanto si el resultado hubiese sido el mismo o hubiese sido otro diferente. El dominio por el ponente de la temática planteada se comprueba también en la mención en todo momento del principio de igualdad y no de la prohibición de discriminación, y ello pese a la rúbrica de la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial. Al respecto, no se olviden las diferencias que separaran uno y otro principio y que hacen de la prohibición de discriminación un complemento técnico del principio de igualdad que otorga relevancia a ciertos rasgos personales o sociales de los sujetos entre los que no encaja la condición de trabajador a tiempo parcial.

Llegados a este punto, no queda más que esperar una modificación de criterio en la Sala de lo Social del TS en orden a la reducción de jornada por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 ET. O cuando menos eso sería lo deseable. Si ya de por sí las reformas legislativas se están encargando de minar cada vez más los derechos de los trabajadores solo resta la quimera de una interpretación y aplicación judicial que actúe como contrapeso de una desregulación cada vez más acusada en favor de la decisión unilateral del empresario como principal fuente de determinación de las reglas laborales. Pero es que además, en el supuesto de la reducción unilateral de la jornada por la vía del art. 41 ET, son tantos los argumentos que la alejan de la legalidad que el cambio de doctrina deviene inexcusable. Con todo, con la esperanza de que opere dicha modificación, el temor de una reforma normativa no

⁷⁸ Se trata de J.F. Lousada Arochena, no en vano acaba de publicar su tesis doctoral recientemente defendida en la Universidad de A Coruña: *El Derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

parece descartable. Tan solo sería la siguiente de una gran serie que no ha hecho más que reducir el contenido laboral del Derecho del trabajo con la excusa, cada vez menos creíble, de una mayor flexibilidad en pro de la estimulación del empleo⁷⁹.

⁷⁹ Algunas de estas reflexiones se han extraído de Baylos Grau, A., *El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario*, RDS, núm. 57, 2012, pp. 9 ss.

LA ACTUALIZACIÓN Y REVALORIZACIÓN DE PENSIONES Y EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD

*Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional
49/2015, de 5 de marzo*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS*

SUPUESTO DE HECHO: Se interpuso recurso de inconstitucionalidad, por más de cincuenta diputados, respecto del artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social. En dicha norma, se dejaba sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos en el apartado 1.2 del artículo 48 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril.

RESUMEN: Se argumenta la posible inconstitucionalidad de la norma por parte de los recurrentes en que se vulnera el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales y se produce una expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas. Frente a ello, el Pleno del Tribunal Constitucional, aunque con un robusto voto particular en contra, determina que dicha norma no es inconstitucional ya que la revalorización de pensiones no es un derecho adquirido de los pensionistas por lo que es posible la retroactividad en la aplicación de la norma. Tampoco, por dicho motivo, puede entenderse que se haya producido una expropiación de derechos, con lo que no cabría ningún tipo de indemnización.

* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: LA REVALORIZACIÓN Y SU OBJETO
2. LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA REVALORIZACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES EN LA LGSS
3. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 2.1 DEL RD-LEY 28/2012, DE MEDIDAS DE CONSOLIDACIÓN Y GARANTÍA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
 - 3.1. Sobre los derechos adquiridos y el principio de retroactividad
 - 3.2. El momento del devengo del derecho a la actualización por la desviación del IPC previsto
 - 3.3. La “imposible” vulneración del art. 33.3 CE
 - 3.4. Un argumento contradictorio (y peligroso) en el voto particular a esta sentencia
4. LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES TRAS LA LEY 23/2013, DE 23 DE DICIEMBRE, REGULADORA DEL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD

1. INTRODUCCIÓN: LA REVALORIZACIÓN Y SU OBJETO

Las prestaciones económicas que otorgan los sistemas de Seguridad Social como medidas de reparación de los riesgos cubiertos, especialmente las de larga duración, son especialmente sensibles a las modificaciones del valor de la moneda y a las variaciones del coste de la vida¹.

El fin de la revalorización anual de las pensiones es, sin duda, el mantenimiento del poder adquisitivo o la protección del nivel de vida de los pensionistas frente al constante incremento de los precios. Por ello, si la cuantía inicial quedara “congelada e inmutable al paso del tiempo, la erosión económica le haría perder su valor adquisitivo y quedaría devaluada e insuficiente para ir cubriendo decorosamente la situación de necesidad. De aquí que sea preciso arbitrar medidas de revalorización de prestaciones causadas y reconocidas”².

La revalorización de las pensiones viene, desde mediados del siglo pasado, prevista y recogida en los artículos 65.10 y 66.8 del Convenio 102 de la OIT

¹ El mecanismo de actualización o revalorización se ha pensado normalmente para las pensiones ya que el resto de las prestaciones económicas, en la medida en que su duración es previsiblemente inferior y la forma de determinación de las mismas está más pegada a los últimos salarios recibidos por el trabajador, no se suelen ver afectadas de forma tan importante por las variaciones del coste de la vida.

² Como indica Almansa Pastor, J.M., en su *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, 7º Ed, Madrid, 1991, pág. 335,

sobre la Seguridad Social (norma mínima) *“Los montos de los pagos periódicos en curso... serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida”*.

Lo que evidentemente no establece dicho Convenio es el modo en que deba de hacerse tal revalorización, dejándose a cada Estado la forma que estime más oportuna para llevarla a cabo.

Por dicho motivo, y para revalorizar y actualizar las pensiones causadas, los distintos ordenamientos, de forma particular y de conformidad con las características y posibilidades de sus sistemas de Seguridad Social, han diseñado diversos procedimientos que permiten evitar la devaluación de las pensiones públicas: incrementarlas en la misma proporción que los salarios; revisarlas para adaptarlas a las nuevas condiciones económicas cuando el Gobierno lo estime oportuno; actualizarlas en proporción a lo realmente aportado por el trabajador al sistema; o, quizás, el más “justo socialmente” por su automaticidad que sería revalorizarlas de acuerdo a los índices del coste de la vida³. En cualquier caso, se trata de garantizar la efectividad de la propia función prestacional.

Independientemente del sistema que se use, todos ellos suponen un incremento importante de los gastos de la Seguridad Social en pensiones, por ello, el verdadero problema es la obtención de medios de financiación o recursos para hacer frente a éstas revalorizaciones, especialmente en épocas de crisis, donde la recaudación de cotizaciones disminuye tanto por la elevación de las tasas de desempleo lo que reduce el número de activos cotizantes, como por la disminución de los salarios de los activos, que son las bases de la cotización, medida que imponen las empresas para mantener los niveles de empleo.

Evidentemente, la revalorización de pensiones tiene dos hechos causantes: uno es el paso del tiempo ya que las mismas han de revalorizarse de forma periódica. El otro es la inflación o elevación de precios, ya que ello produce la devaluación de pensiones y la consecuente pérdida del poder adquisitivo de las mismas.

Hay dos elementos reguladores importantes dentro de la revalorización en nuestro ordenamiento vigente en el momento al que se refiere la sentencia que se comenta: el primero es el propio sistema o método de revalorización, que ha tenido diversas regulaciones a lo largo de nuestra historia reciente en materia de Seguridad Social, como posteriormente se comentará, aunque en los últimos

³ Cfr. Paul Durand, *La política contemporánea de Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 1991, págs.. 346 y sigs.

tiempos con una cierta estabilidad a causa de la inclusión de un sistema “semiautomático” de revalorización de las pensiones de conformidad al incremento previsto del Índice de Precios al Consumo (IPC)⁴.

Pues bien, “con objeto de que no quede(n) desvalorizada(s) con el transcurso del tiempo, atendida la finalidad alimenticia de la prestación y el mandato constitucional contenido en el art. 50 CE de garantía del nivel adquisitivo de las pensiones”⁵, el segundo elemento que se utilizó para completar ese sistema “semiautomático”, y debido a que no había una adaptación inicial al nivel de precios del consumo real, sino estimado, desde 1997⁶, fue el establecimiento de una cláusula de actualización correctora de las desviaciones del IPC previsto: la llamada “actualización” de las pensiones. Esto es, como indica el art. 48.1.2 de la LGSS (vigente en el momento en que se dictó el RD-Ley 28/2012 que da origen al recurso de inconstitucionalidad que resuelve la STC 49/2015): *“Si el índice de precios al consumo acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización, fuese superior al índice previsto, y en función del cual se calculó dicha revalorización, se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. A tales efectos, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, se les abonará la diferencia en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior.”*⁷.

⁴ Insistimos, ha de tenerse en cuenta que la redacción actual del art. 48 de la LGSS, tras la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad abandona la referencia, salvo para el límite máximo de revalorización, al IPC.

⁵ Como indica Rivas Vallejo, P., en “Cuantía de la prestación”, AAVV Pensiones por Jubilación o Vejez, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 256.

⁶ Aunque realmente, la primera vez que se contempló una norma de este tipo fue con la DA 5ª de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social, en la que se indicaba que si el IPC creciera más de lo previsto en la revalorización realizada por Decreto cada primeros de año, dichas desviaciones se tendrán en cuenta al año siguiente para mejorar las pensiones, pero solo aquellas que fueran inferiores al SMI.

⁷ Como indican González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., “Más aún, en el caso de que se produjera una desviación al alza entre el IPC previsto y el real (lo que podía comprobarse al final del ejercicio económico para el cual se hubiera hecho la previsión), la LGSS obligaba a una actualización, que se abonaba en una sola paga, *sin que en ningún caso pudiera fijarse una actualización inferior a la diferencia producida entre el IPC previsto y el real.*”, en *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo blanch, 8ª Ed, Valencia, 2014, pág. 202.

Por ello, quedaba claro que cuando el legislador utilizaba el término revalorización lo hacía para referirse al incremento de la cuantía de las pensiones al comienzo de cada año y el término actualización lo usaba para hacer referencia a la cantidad que debía abonarse a los pensionistas en caso de desviación, esto es, cuando que el IPC real hubiera sido superior al IPC previsto que sirvió para la revalorización de las pensiones a inicio del año natural. Ello es una cuestión importante puesto que lo que se recurre ante el Tribunal Constitucional es precisamente la norma que “deja sin efecto” para el ejercicio del 2012: la actualización de las pensiones a causa de la desviación prevista del IPC.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA REVALORIZACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES EN LA LGSS

El Derecho de la Seguridad Social, como derecho prestacional que es y afectado enormemente por las posibilidades económicas, es *per se* temporal. Las sucesiones legislativas y normativas son constantes, a veces de forma vertiginosa en momentos de crisis. Esto es lo que ha ocurrido respecto de la revalorización de las pensiones en nuestro sistema de Seguridad Social.

De una lectura conjunta de los artículos 41 y 50 CE se desprende la obligación de los poderes públicos de mantener un sistema de Seguridad Social que garantice “prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”, ello habrá de hacerlo al menos para la tercera edad, “mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas”. Este encaje constitucional “parcial, imperfecto e implícito” permite garantizar la suficiencia de las pensiones cosa que no podría hacerse si la cuantía de las mismas “fuera invariable a lo largo del tiempo”, por lo que “la actualización del valor económico de las pensiones para su adecuación al nivel de vida ha de relacionarse con esta exigencia constitucional”⁸.

Ahora bien, lo que no fija el mandato constitucional es el modo, sistema o mecanismo de actualización o revalorización de pensiones que deba seguirse, dejando su concreción al legislador ordinario. La opción o técnica de revalorización a elegir es indiferente para la Constitución, lo verdaderamente importante es que “permita cumplir con la garantía constitucional a que sirve este mecanismo: proteger la capacidad adquisitiva frente a la variación del coste de la

⁸ Así lo indica Olarte Encabo, S., en *El derecho a prestaciones de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 2007, pág. 94.

vida”⁹. No obstante, la elección de un modelo de revalorización automático siempre será mucho mejor que otros más flexibles que permitan un alto grado de discrecionalidad a la hora de aplicar la revalorización de las pensiones.

Como se dijo anteriormente, son diversas las posibles fórmulas para proceder a la revalorización de las pensiones, y como veremos a continuación, el legislador español no ha tenido nunca una posición firme al respecto, dependiendo de la época en la que nos encontráramos, y de las posibilidades económicas del sistema ha podido ser: discrecional, esto es, cuando y en el modo que quisiera el Gobierno de turno; en otros períodos se han adoptado revalorizaciones de forma automática y reglada, aunque a veces de forma parcial, esto es, que no afectaban a todas las pensiones; e incluso ha habido revalorizaciones no uniformes, lo que suponía que el incremento no era idéntico para todas, favoreciendo especialmente las pensiones más bajas, que, por aplicación del principio de suficiencia prestacional que proclama el art. 41 de la CE, han sido revalorizadas mayor proporción que el resto de las pensiones¹⁰.

Creemos firmemente que la revalorización de las pensiones no es sino una característica de las mismas, forma parte del derecho a la pensión que se ha adquirido, por ello, nacida una pensión la misma ha de ser revalorizable como necesidad de que se ajuste o conserve el nivel de vida o poder adquisitivo de los pensionistas. Podría decirse por ello que las pensiones sustitutivas de las rentas de activo, pueden concebirse como pensiones “dinámicas”¹¹. Carácter dinámico que proviene necesariamente del carácter duradero o a largo plazo de las mismas.

La revalorización de pensiones se introdujo por vez primera por la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, lo que fue incorporado al TR de la LGSS de 1974 en su art. 92, revalorización, por tanto, parcial pues estaba referida únicamente a las pensiones del régimen general.

Por otra parte, la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social preveía la revalorización exclusivamente de las pensiones causadas a su

⁹ Como indican Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C y Quesada Segura, R., en *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 242.

¹⁰ Indica Gete Castrillo, P. que “La revalorización de pensiones adolece de un régimen jurídico caracterizado por la diversidad, la asistematicidad, y, frecuentemente, la divergencia o asincronía entre la norma y la realidad”, en *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 597 y sigs.

¹¹ Nuevamente, Gete Castrillo, P., en *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, op. cit., pág. 595.

amparo, dejando al margen el resto de las pensiones, anteriormente obtenidas; si bien, en la práctica, se vino utilizando dicho mecanismo para la actualización de las restantes pensiones, pues así lo reconocía ya el art. 92 LGSS de 1974 –en cumplimiento del art. 50 CE– y porque ya se venía haciendo así en las Leyes Presupuestarias anuales¹².

El texto original de la LGSS, RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en su art. 48 establecía la revalorización de las pensiones por jubilación o incapacidad permanente, contributivas, siempre que las mismas se hubiesen hallado aplicando las bases reguladoras establecidas desde la Ley 26/1985. Estableciéndose como medida de revalorización, al comienzo de cada año, el IPC previsto para dicho año.

Para el resto de pensiones, la revalorización sería “periódica” (no necesariamente anual) teniendo en cuenta entre otros factores indicativos: la elevación del nivel medio de los salarios, el Índice de Precios al Consumo y la evolución general de la economía, así como las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social.

Y como regla de cierre, se preveía una actualización de las pensiones contributivas por las desviaciones que pudieran producirse sobre las previsiones de inflación que se adoptaran anualmente. Esta regla de cierre se aplicaba para la mejora de todo tipo de pensiones que fuesen “inferiores al salario mínimo interprofesional”.

La Ley 24/1997 estableció la revalorización automática de las pensiones en función del IPC previsto para ese año¹³. Por lo que las pensiones contributivas de la Seguridad Social, incluido el importe de la pensión mínima, se revalorizarían al comienzo de cada año “en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para dicho año”¹⁴.

¹² Así lo indica, Rivas Vallejo, P., en “Cuantía de la prestación”, op. cit., pág. 257. Recuérdese también que han podido excluirse conceptos de la revalorización anual como, por ejemplo, los recargos de prestaciones, los complementos por mínimos.

¹³ Como indican Pumar Beltrán, N y Revilla Esteve, N., “A diferencia de la normativa anterior, la reforma de 1997 ha fijado los criterios de actualización en el mismo articulado de la LGSS en vez de remitir la oportunidad de tales criterios a disposiciones reglamentarias lo que refuerza la estabilidad en cuanto a los mecanismos de actualización empleados.”, en Artículo 48, *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Dir. Alarcón Caracuel, MR Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 311.

¹⁴ Se suprimió el art. 48.3 de la LGSS indicaba que el resto de las pensiones reconocidas por el sistema de la Seguridad Social serían revalorizadas periódicamente por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, teniendo en cuenta, entre otros factores indicativos, la elevación del nivel medio de los salarios, el Índice de Precios al Consumo y la evolución general

Pero también dicha norma introdujo de forma definitiva, y para todo tipo de pensiones, como regla específica la actualización de las pensiones, consecuencia lógica de elegir un sistema de revalorización automático de acuerdo no a la inflación real del año anterior, sino a la previsión de la inflación para cada año natural. Así pues, como la revalorización de las pensiones se realizaba en función de tal estimación de variación de precios al comienzo de cada año (IPC) y podía resultar que esa estimación no fuera exacta bien por ser inferior o superior a la variación real, la LGSS estableció la actualización para reparar las posibles desviaciones o errores de cálculo; regla se ha convertido en un “principio de neutralidad” de los procesos inflacionistas, ya que a los pensionistas afectados se les abonaría la diferencia en un pago único antes del 1 de abril del ejercicio posterior¹⁵. Pero, también se producía una “actualización en sentido inverso”, ya que si el IPC previsto en la revalorización resultara superior al realmente producido, “las diferencias existentes serán absorbidas en la revalorización que corresponda aplicar en el siguiente ciclo económico”.

La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social mejoró la situación de forma importante ya que eliminó la “actualización en sentido inverso”, evitando que se produjeran “bajadas” o “reducciones” en las futuras revalorizaciones a modo de compensación con los “indebidos” incrementos, al errarse por el Gobierno en la estimación del IPC.

Como consecuencia de la crisis económica, la revalorización y actualización de pensiones ha sufrido distintos avatares legislativos en los últimos años. Así, el art. 4 del RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, procedió a suspender lo previsto en el artículo 48.1.1 LGSS, esto es, la revalorización de pensiones para 2011, con la excepción de las pensiones mínimas contributivas, las del SOVI y las no contributivas. También, para el ejercicio de 2011 se suspendió, aunque

de la economía, así como las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social. El resultado final es que el resto de pensiones venían a revalorizarse de forma homogénea a las contributivas por las correspondientes LPGE y Reales Decretos de Revalorización.

¹⁵ Indicaba el art. 48.1.2 introducido por la Ley 24/1997 que: “Si el índice de precios al consumo acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización, fuese superior al índice previsto, y en función del cual se calculó dicha revalorización, se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. A tales efectos, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, se les abonará la diferencia en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior.”

parcialmente, la llamada “actualización de pensiones” por el desvío del IPC, “excepto para las pensiones mínimas del Sistema de la Seguridad Social, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas”.

Asimismo, para 2012, el art. 5 del RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público estableció la revalorización en un 1% y, además, ese año no se abonó la actualización, diferencia entre el IPC real y el IPC previsto ya que el RD-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social dejó sin efecto la actualización para 2012; precepto que es la causa de recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 49/2015 que ahora se comenta.

Finalmente, el sistema de revalorización de pensiones ha sido modificado por la Ley 23/2013 reguladora del factor de sostenibilidad, en el sentido que más abajo se indicará.

3. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 2.1 DEL RD-LEY 28/2012, DE 30 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS DE CONSOLIDACIÓN Y GARANTÍA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Los artículos 48 de la LGSS y 27 de la Ley Clases Pasivas regulan, como anteriormente se ha dicho, la revalorización de pensiones, en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el artículo 50 CE.

Por su parte, el art. 2.Uno del Real Decreto-Ley 28/2012, referido a la “actualización y revalorización de pensiones”, vino a dejar sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos que se preveía en los vigentes, en aquél momento, arts. 48.1.2 de la LGSS y 27.1 de la Ley de Clases Pasivas (LCP) del Estado. Esto es, ello suponía eliminar el abono de pago único de la diferencia que supuso la desviación de la estimación del Gobierno en el IPC que sirvió para calcular la revalorización del ejercicio anterior, fruto de la actualización que se dejaba sin efecto¹⁶.

¹⁶ “Si el índice de precios al consumo acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización, fuese superior al índice previsto, y en función del cual se calculó dicha revalorización, se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respec-

Para “rematar”, el art. 2.Dos del RD-Ley 28/2012, citado, suspende para el ejercicio 2013 la aplicación de lo previsto en los apartados primeros de los arts. 48.1 de la LGSS y del art. 27.1 de la LCP, o sea, la revalorización de las pensiones para el ejercicio correspondiente¹⁷.

Los motivos argumentados en la Exposición de Motivos de esta norma para adoptar tales drásticas medidas era único: “el elevado déficit del sistema de Seguridad Social y la necesidad de cumplir con el objetivo de déficit público”.

Se recurre la inconstitucionalidad del art. 2. Uno del RD-Ley 28/2012, esto es, el “dejar sin efecto la actualización”, pero no la suspensión de la revalorización de la totalidad de las pensiones. Los motivos de inconstitucionalidad del que argumentan los recurrentes se basan en tres concretos preceptos:

- El art. 50 CE donde se establece la garantía de las pensiones “adecuadas y periódicamente actualizadas” y la suficiencia económica de las pensiones.
- El art. 9.3 CE que prohíbe la retroactividad de las normas restrictivas de derechos.
- Y, finalmente, el art. 33.3 CE al entender que con dicha norma se produce una expropiación de derechos “sin indemnización de los expropiados”.

Ha de recordarse que el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado anteriormente sobre la cuestión de la limitación de la revalorización anual en la STC 34/1987, de 21 de julio, declarando constitucional la limitación establecida por el legislador en la revalorización, por aplicación del principio de solidaridad, a la pensiones máximas o por suma de pensiones concurrentes o compatibles que superen la cuantía máxima anual¹⁸. Pero es una cuestión, que no es idéntica a lo que se analiza en la STC 49/2015, de 5 de marzo

3.1. Sobre los derechos adquiridos y el principio de retroactividad

El problema transitorio de la Seguridad Social tiene diversas manifestaciones, pero a grandes rasgos se pueden concretar en dos: respecto de las prestaciones causadas (derechos adquiridos) y respecto de las prestaciones no causadas (derechos en curso de adquisición).

tiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. A tales efectos, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, se les abonará la diferencia en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior.”

¹⁷ “Las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, serán revalorizadas al comienzo de cada año, en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para dicho año”.

¹⁸ Precisamente, uno de los magistrados disidentes de la STC 49/2015, que ahora se comenta, hizo un análisis de la misma en “Sobre la constitucionalidad del establecimiento de topes máximos a las pensiones”, RL t. II, 1987, de Valdés Dal Ré, F.

El principio de irretroactividad en los términos tradicionalmente asumidos ha sido considerado, sin duda, el principio clásico del Derecho Transitorio. El principio de irretroactividad ha sido “un canon de actuación prescrito al legislador y/o al interprete o aplicador del Derecho, que se concretaba en la prohibición general, con excepciones, de que las leyes tuvieran, o se aplicaran con, carácter retroactivo”¹⁹. La idea clásica que subyace en esta cuestión es que las normas nuevas no pueden alcanzar en su aplicación a los derechos adquiridos porque no tienen efectos retroactivos. Se trata de hacer intangibles las situaciones y derechos agotados en todas sus manifestaciones y efectos antes del inicio de la vigencia de la nueva Ley. La otra cara de este principio, la retroactividad, supone una “técnica jurídica más al servicio del legislador, que consistiría en una aplicación hacia el pasado de la nueva norma, en aquéllos supuestos en que se considere que concurren razones que así lo exijan”²⁰.

El Tribunal Constitucional se centra de forma especial en la argumentación de los recurrentes sobre la prohibición de la retroactividad, pero desgraciadamente no se para a reflexionar sobre la dimensión constitucional del art. 50 CE que establece la garantía, por parte de los poderes públicos, de pensiones adecuadas y “periódicamente actualizadas”.

Pues bien, tras hacer un sucinto recorrido por su propia doctrina referida al principio de irretroactividad, en aplicación del art. 9.3 CE, recuerda que dicho principio no es general sino que está referido a leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales²¹. Por lo que, fuera de dichas situaciones, no regiría el principio de irretroactividad y, por supuesto, tampoco en los derechos en curso de adquisición o en “su proyección hacia el futuro” ya que no pueden tener efecto retroactivas las normas que afecten “a derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros o condicionados y expectativas”²².

¹⁹ Sobre la cuestión, véase, Quintero Lima, G. *Derecho Transitorio de la Seguridad Social*, La Ley- UCIII, Madrid, 2006, págs. 155 y sigs.

²⁰ Nuevamente, Quintero Lima, G. *Derecho Transitorio de la Seguridad Social*, op. cit., pág. 162.

²¹ Se refiere con esto a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona (SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 6; 131/2001, de 7 de junio, FJ 5; 112/2006, de 5 de abril, FJ 17; 89/2009, de 20 de abril, FJ 4; 90/2009, de 20 de abril, FJ 4; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 10). El art. 9.3 CE es una norma con alto grado de indefinición que no indica en qué consiste la irretroactividad, ni cuáles son las disposiciones sancionadoras ni cuáles son los derechos individuales, por ello ha sido el TC el que ha tenido que ir desarrollando esta cuestión con su propia doctrina.

²² Como se indica en las SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9 ó 112/2006, de 5 de abril, FJ 17.

Ha quedado bien claro a lo largo del tiempo que el Derecho de la Seguridad Social es uno de los más inestables a causa de los azotes de la economía. Por ello, frente a la “imposibilidad”²³ de aumentar las cuotas para obtener mayores ingresos para financiar el sistema, es muy común variar las condiciones de acceso a las prestaciones, siempre con el pretendido objetivo de consolidar, sostener o garantizar el sistema. Evidentemente, el acceso a las pensiones cambia de forma veloz en muchas ocasiones, y no hay una irreversibilidad en tales situaciones. Es una rama del ordenamiento en la que se modifica con cierta frecuencia la normativa afectando a los derechos en curso de adquisición de los cotizantes que algún día esperan ser beneficiarios del sistema, ya que a lo largo de sus carreras de seguro han podido modificarse, en más de una ocasión, sin duda, de las condiciones de acceso a las prestaciones.

Por ello, el Tribunal Constitucional, en la sentencia que se comenta, se dedica a analizar si el derecho a actualización supone un derecho perfecto, consolidado o es simplemente una expectativa de derecho.

Es curioso que para determinar si la actualización es o no un derecho adquirido, aprovecha el Tribunal Constitucional, de forma parcial y alterada, la doctrina de las STC 134/1987, de 21 de julio, referida, como se dijo anteriormente, a la limitación de la revalorización de las pensiones máximas y concurrentes, estableciendo una máxima errónea: el art. 50 “no obliga a que todas y cada una de las pensiones ya causadas experimenten un incremento anual”. Evidentemente, esta forma de soslayar el tema es un exceso en la interpretación ya que dicha sentencia se fijaba en las pensiones más altas que cumplían sobradamente el principio de suficiencia prestacional al que se refiere el art. 41 CE y porque se justificaba de forma objetiva y razonable la limitación de la revalorización en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad²⁴.

²³ La imposibilidad no es técnica sino de carácter político ya que aunque se argumenta, con un razonamiento económico no demostrado, que la subida de cotizaciones impediría la creación de empleo, lo que hay detrás es algo lógico: ningún partido político se atrevería poner en sus programas electorales una subida de impuestos o cotizaciones.

²⁴ Más aún, y como acertadamente indica el voto particular, “la Sentencia 134/1987 vino a consagrar, en efecto, el canon - por cierto, olvidado o pasado por alto por la Sentencia de la mayoría - que de manera obligada ha de informar las medidas restrictivas de las prestaciones sociales. Este canon, llamado a cumplir un relevante papel en los juicios de constitucionalidad sobre tales medidas, es el principio de solidaridad que, en su aplicación al tema debatido, comporta “el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de estos sacrificios” (FJ 5).”

Ha de recordarse que lo que se está analizando aquí no es la revalorización de forma directa, sino la actualización de la revalorización conforme a la posible desviación del IPC previsto. Por lo que, en el supuesto de que el IPC acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización fuese superior al índice previsto, “se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado” (arts. 48.1.2 LGSS y 27.1 de la Ley de Clases Pasivas del Estado).

El error está precisamente en que el Tribunal Constitucional entiende no hay un reconocimiento automático de la revalorización afirmando que tanto la LGSS como la Ley de Clases Pasivas del Estado “*no proceden a reconocer de forma automática a los pensionistas el derecho a recibir la diferencia entre el IPC estimado y el IPC real, sino que se remiten a la Ley de Presupuestos Generales del Estado*”. Entiende que dicha remisión es constitutiva siendo la LPGE la determinante de la existencia de dicha actualización. Pero parece que el Alto Tribunal no observó con atención el art. 48.1.2 de la LGSS, vigente en dicho momento, porque dicho precepto es claro: producida la desviación en el cálculo a causa del error del Gobierno en su estimación anual de la inflación “se procederá a la correspondiente actualización”. Se trata de un futuro con carácter imperativo. Por lo que se obliga con ello al Estado, respecto de los pensionistas afectados por ese error de cálculo, a abonarles (la norma dice concretamente “se les abonará”) la diferencia en un pago único, antes de 1 de abril del ejercicio posterior. Y ello porque, como anteriormente se indicó, la actualización forma parte de la revalorización de pensiones al suponer un incremento de las mismas por la desviación en las previsiones del IPC que sirvió para revalorizarlas. En palabras del propio Tribunal Constitucional: “*El legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse...y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se produzcan perplejidades*” SSTC 46/1990, de 15 de marzo y 146/1993, de 29 de abril.

Tampoco puede estarse de acuerdo, como indica el TC, con que la expresión “de acuerdo con lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado” supone reconocer al legislador un cierto margen para hacer frente a la actualización de las pensiones en función de las posibilidades económicas del Sistema.

La revalorización de las pensiones es una característica constitucional de las mismas, en palabras del Voto Particular a la misma, “no es una mera declaración vacía de contenido, sino que presenta plena coherencia con la calificación de nuestro Estado como social y democrático de Derecho (art. 1.1)”. Hemos dicho anteriormente, que mientras que exista un sistema de revalorización que

sirva para detener los efectos de la inflación sobre las pensiones, el criterio o modo que se adopte por el legislador para conseguir dicho objetivo es indiferente (aunque lo suyo sería que fuese automático y estable en el tiempo, cosa que no siempre ha ocurrido en nuestra legislación de Seguridad Social). Pero la actualización es algo distinto ya que es el complemento de una revalorización “mal calculada” por el legislador al aplicar un índice estimativo. El derecho a la actualización nació con la revalorización realizada en el año anterior, ya que sirve para completar o compensar una situación injusta o no ajustada a la realidad que exige (exigía, mejor dicho) la norma de aplicación del IPC real.

Evidentemente, nuestro Tribunal Constitucional en numerosas sentencias²⁵ nos ha recordado que el sistema tiene sus posibilidades limitadas porque ha de administrar medios económicos escasos y de ahí que, en materia de revalorización, pueda el legislador tener cierto margen de discrecionalidad para la determinación de la misma (por ejemplo, índice o porcentaje a aplicar), pero no creemos que dicha discrecionalidad pueda aplicarse a las actualizaciones por desviación ya que el derecho a la revalorización de la pensión ya nació en el ejercicio en curso (a principios de año) pero se realizó conforme a un parámetro defectuoso que la actualización pretende reparar. Por lo que si una norma posterior, como puede ser la LPGE, decide “no actualizar” está afectando a un derecho ya nacido, estando proscrita la retroactividad en tales situaciones porque la pensión revalorizada ya pertenecía a la esfera patrimonial del pensionista²⁶. En definitiva, se trataba de un derecho subjetivo perfecto, aunque mal calculado.

3.2. El momento del devengo del derecho a la actualización por la desviación del IPC previsto

Como regla general, en Seguridad Social, las pensiones se devengan por mensualidades naturales vencidas, salvo las pagas extraordinarias que tienen otro momento de devengo (art. 42 LGSS). Este, quizás, sea el punto de partida para interpretar el momento del devengo de la revalorización y actualización de las pensiones.

El Tribunal Constitucional indica que sólo en el 31 de diciembre de cada año podría hablarse “de un derecho adquirido a la actualización de la revalorización de las pensiones”, argumentando que lo que establece el art. 48.1.2 de la LGSS sobre la desviación del IPC acumulado de noviembre del ejercicio ante-

²⁵ Por todas, la STC 134/1987, de 21 de julio, FJ 5.

²⁶ Por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 y 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9.

rior a noviembre del ejercicio en que se produce la revalorización, es “una regla de cálculo que prevé la norma”. Por lo que, continúa diciendo, “la eventual actualización de la revalorización se devengaría y, por tanto, se consolidaría, el 31 de diciembre de cada ejercicio”²⁷.

Mucho nos tememos que no han reparado que es realmente el mes de noviembre de cada año en el que el legislador ordinario ha de escrutar si había o no un desfase en el cálculo para proceder a la actualización. Por ello, llegado el 31 de octubre del año natural, el IPC acumulado nos dirá la existencia de error o no en el cálculo de la revalorización producida en ese año en curso. Es cierto que el período de “noviembre a noviembre” es una regla de cálculo. Pero, además, es mucho más que eso: es el momento que el legislador ha determinado para reconocer su acierto o error respecto de la previsión del IPC que utilizó a principios de ese año para la revalorización de las pensiones. Y tiene efectos constitutivos ya que reconoce el desacierto a efectos de su necesaria y obligatoria reparación o compensación a través de la actualización de pensiones. Este, justamente, podría pensarse como el momento en que se devengaría la actualización, aunque más abajo veremos que no es nuestro parecer.

Momento que, además, no coincide con el de pago, ya que tanto la revalorización como la actualización suponen una importantísima cantidad de dinero (a abonar por el Estado al conjunto de los pensionistas), por lo que de haber un error en la previsión del IPC que perjudique al beneficiario, habrá de corregirse con la actualización, debiendo ser abonada la diferencia antes de 31 de abril del año siguiente, siendo una cuantía complementaria y reparadora de la correspondiente revalorización defectuosa de las pensiones del ejercicio anterior.

Abundando en esta cuestión, ha de recordarse que la supresión de la actualización de las pensiones se refiere a pensionistas que eran beneficiarios de una revalorización por ser titulares de una pensión a 31 de diciembre de 2011, sobre todo y especialmente porque sus pensiones en dicho ejercicio fueron revalorizadas por la LPGE para ese año en un 1%. Evidentemente, la no aplicación de

²⁷ En palabras del voto particular que pueden compartirse plenamente: “Como equívocamente hace notar la Sentencia, este período es algo más y algo diferente de “una mera regla de cálculo por razones presupuestarias” (FJ 5). Es, desde luego, una regla de cálculo; pero ni es una mera regla, de carácter instrumental, ni su alcance normativo se agota en el ámbito presupuestario. *Este período de cálculo cumple una función sustantiva de primer orden, pues acota la secuencia temporal dentro de la cual se procede a la concreción de la segunda de las piezas que articula el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.* Una vez revalorizadas las pensiones al inicio de cada ejercicio económico conforme al IPC previsto, el mantenimiento comporta la actualización de las pensiones ya revalorizadas en una cantidad equivalente al diferencial entre ese IPC y el real, diferencial éste fijado a lo largo de dicho período de cálculo.”

la actualización de pensiones hizo “recaer sobre las economías personales de los pensionistas, vulnerables y precarias la mayoría de ellas, dos tercios de la pérdida de su poder adquisitivo”, como acertadamente indica el voto particular de esta sentencia.

Pues bien, devengo es el principio contable por el cual todo ingreso o gasto nace en la etapa de compromiso, siendo común en el ámbito de la contabilidad que los efectos de las transacciones o hechos económicos se registren cuando ocurran. En cualquier caso, son diversos, tanto en el ámbito de la contabilidad pública como en el de la contabilidad de empresas, los métodos para llevar las cuentas. Como regla general internacionalmente admitida se acepta que los ingresos se contabilicen cuando han sido obtenidos y los gastos se contabilizarán cuando se han generado, incluso si el dinero no ha sido pagado o recibido. En el ámbito jurídico, el concepto es algo distinto, pero como se verá inmediatamente, tienen cierta relación. Para el Derecho, el momento del devengo es el de adquisición del derecho a alguna percepción por cualquier título.

Desde el punto de vista económico, al tratarse de cuentas públicas y de grandes cantidades, para la contabilización e inclusión los gastos en actualización de pensiones se pospone a la siguiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, la cual lo único que puede establecer es su “aplicación contable” o incluso, lo que es improbable, que dicho complemento se integrara en las pensiones para sus futuras revalorizaciones²⁸. En definitiva, de lo que se trata es de la modificación del criterio de contable en las cuentas públicas para estas cuestiones. Por ello, para los gastos o costes que produzcan la actualización de pensiones se aplicará el “criterio de caja”, haciendo una excepción al “criterio de devengo” que es el que se produce respecto de la revalorización “ordinaria” y que sí se incluye en la Ley de Presupuestos anual anterior²⁹.

Por ello, no puede entenderse como acertada la concepción que tiene el Tribunal Constitucional en esta sentencia sobre el devengo de la actualización en

²⁸ Vid SSTS de 23 de noviembre de 1994, RJ, 1994, 9241 y de 2 de febrero de 1999; RJ 1999, 1948.

²⁹ Que es como se prevé para algunas cuestiones en el Plan General de Contabilidad Pública, por ejemplo, para algo muy similar a la actualización, los casos de periodificación de intereses que afecten a varios períodos, vid. Barea Tejeiro, J, en “El nuevo Plan General de Contabilidad Pública y el Plan de Contabilidad Nacional”, Rev. Española de Financiación y Contabilidad, Vol. XXIV, nº 79, 1994, pág. 356. En este sentido, Gil Herrera, L., indica que el criterio de devengo, implantado con carácter general en contabilidad nacional, no se utiliza a nivel micro, sobre todo en los presupuestos, lo cual exige, nuevamente, realizar ajustes a la información de base suministrada por la contabilidad pública, en *La contabilidad pública y la contabilidad nacional: enlace micro-macro contable*, Edit. IEF, Madrid, 2006, pág. 63.

el sentido de que “la eventual actualización de la revalorización se devengaría y, por tanto, se consolidaría, el 31 de diciembre de cada ejercicio”. Y, por supuesto, tampoco es acertada, por confundir el momento del devengo con el del pago, la apreciación del voto particular de esta sentencia que indica que “el momento del devengo se identifica así en fecha incierta, pero en todo caso comprendida en el primer trimestre de cada anualidad”.

Como se ha dicho, podría pensarse que el devengo del derecho a la actualización se produce cuando se observa la desviación a 31 de octubre del año en que han sido revalorizadas las pensiones de acuerdo a la estimación o IPC previsto.

Podría incluso manejarse otra interpretación más estricta del momento del devengo, que es la que aquí se mantiene. Y es que la actualización no es otra cosa que pagar “atrasos” por error de cálculo. El devengo de tales cuantías sería en el mismo que el de la revalorización errónea que las genera, otra cosa es el momento que el legislador se ha marcado para conocer cuando se produce dicha desviación (a 31 de octubre del año en curso, respecto del mes de noviembre del año anterior). Existiendo desviación se debería producir la retroactividad automática, ya que como decía la norma, con ello “se procederá a la correspondiente actualización”. Dicho de otro modo, desde el prisma del jurídico, el conocimiento del derecho a la actualización lo es desde el momento en que se descubre la desviación en la fecha prevista, pero al ser la actualización un complemento de la revalorización realizada al inicio de cada año, el devengo de la misma, la adquisición de este derecho, debe de correr el mismo camino en su devengo que el de la revalorización de la pensión que se encarga de “reparar”, ya que son dos caras de una misma cuestión, y ello independientemente de cuando la misma sea abonada.

La llamada que la norma hace a la Ley de Presupuestos “de acuerdo con lo que la misma establezca” no es otra cosa que hacer publico y notorio a nivel de normativo el reconocimiento del porcentaje de desviación para determinar la cuantía de la actualización de las pensiones y aplicar, por ello, el “criterio de caja” para incluir los gastos del “desacuerdo” o “desviación” del IPC previsto por el Gobierno para el año en curso en los Presupuestos del año siguiente³⁰. Tal y como acertadamente indica el voto particular, la regulación de las distintas

³⁰ Nuevamente, en palabras del voto particular “la expresión de acuerdo con la LGPE no desplaza a la ley reenviada la facultad de reconocer o de abolir la actualización de pensiones; su sentido, bien diferente, es el de deferir a dicha norma la consignación de los créditos para hacer frente ‘a la correspondiente actualización’, siempre y cuando, como ya se ha argumentado en reiteradas ocasiones, se hubiere cumplido la condición para que la misma opere de conformidad con los criterios establecidos en aquellos preceptos legales.”

Leyes de Presupuestos de la actualización de las pensiones ha respondido siempre, “en su estructura, a la lógica propia de las cláusulas que proceden a la consignación de créditos o deudas ya causados y consolidados a resultados de lo establecido en otras leyes sustantivas”.

En definitiva, con aquélla normativa vigente, tras el conocimiento de la desviación, el derecho a la actualización nacía, con efectos retroactivos, para adherirse a la revalorización producida por la estimación del IPC a principios de año cuando se aplicaba el porcentaje de revalorización de acuerdo con la LPGE que rige el año natural. Coincidiendo el devengo de la actualización con el devengo del incremento de la revalorización producida por el IPC previsto de forma incorrecta, a principios de ese año.

No hay, definitivamente, una “mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto”, como dice el Tribunal Constitucional, sino un derecho perfeccionado aunque incompleto o mal determinado y por lo cual debió de aplicarse el principio de interdicción de la retroactividad de las normas desfavorables.

3.3. La “imposible” vulneración del art. 33.3 CE

El segundo de los argumentos de los recurrentes que solicitan la inconstitucionalidad del art. 2.Uno del Real Decreto-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social, la vulneración del art. 33.3 CE no puede contemplarse con la doctrina emanada en esta sentencia sobre la actualización de las pensiones.

Así, de trámite podría decirse, es la argumentación referida a la causa que entendía la inconstitucionalidad de dicho precepto por vulnerar el art. 33.3 CE por haberse producido una expropiación sin indemnización a favor de los expropiados. Evidentemente, si el TC en el FJ 5º de la Sentencia que se comenta indica que no existe un derecho a la actualización, sino que ello es una mera expectativa, evidentemente cae por su propio peso la expropiación ya que no hay privación de bienes ni derechos del pensionista.

3.4. Un argumento contradictorio (y peligroso) en el voto particular a esta sentencia

Esta sentencia tiene un interesante voto particular en el que los magistrados disidentes se preguntan por el grado de restricción de los derechos sociales y aunque entienden que no puede existir una irreversibilidad absoluta para reducir los derechos sociales indicando que “es perfectamente admisible que la aplicación de la legislación ordinaria esté presidida por una principio interpretativo restrictivo de los eventuales recortes sociales”.

Lo que ocurre es que el voto particular tiene, entre los muchos plausibles, un argumento algo contradictorio ya que indica que las decisiones restrictivas, *sensu contrario*, podrían hacerse justificando el alcance de las nuevas decisiones, “dándose unos supuestos o condiciones que expliquen el porqué de tal retroceso”³¹. Lo que viene a decirse es que si el recorte social está bien fundado daría pie a la irreversibilidad de los derechos sociales.

Desde luego es un argumento con doble filo, ya que dentro del propio Tribunal Constitucional, habrán, como los hay, magistrados que crean que la argumentación del Gobierno ante un recorte social por la “carencia de capacidad financiera para soportar los costes de una determinada medida en época de crisis y que, de no hacerlo así, se pondría en peligro todo el sistema de protección social” (que es básicamente la argumentación esgrimida para justificar todos los recortes sociales), es más que suficiente para justificar el retroceso en los derechos. De hecho, es posible que ante tales, aparentemente sólidos, argumentos una gran parte de la ciudadanía, incluyendo a los beneficiarios de pensiones, lo entenderían como parte de la carga de solidaridad que han de soportar o sufrir los ciudadanos “para contribuir a salir de la crisis”. La cuestión sería el cómo explicar a la ciudadanía que los recortes en protección social no son sólo una cuestión económica sino, lo más importante, una opción política-ideológica frente a otras muchas posibles formas de ejercer las políticas de gobierno. Ello será verdaderamente difícil de explicar en cualquier sentencia.

En mi opinión, y reiterando lo que más arriba comenté, la actualización de las pensiones al ser un recálculo de una revalorización del año anterior incorrectamente realizada, es una cuantía complementaria o compensatoria del error de cálculo que forma parte de los derechos adquiridos o consolidados y por ello se encuentran dentro del patrimonio de los pensionistas beneficiarios de la revalorización anterior, por lo que su alteración o supresión a través de una norma a la que se otorga carácter retroactivo, ataca de forma brutal al principio de seguridad jurídica que debe presidir estas relaciones jurídicas; convirtiendo inconstitucional a dicha norma. Y, por supuesto, ninguna argumentación del legislador o

³¹ “Nos parece inadmisibles es una regulación que, al afectar desfavorablemente a relaciones jurídicas ya consolidadas, nacidas de la confianza de los ciudadanos en la seguridad jurídica aplicable a la actualización de las pensiones, *no venga acompañada de una justificación de su carácter ineludible*, ya que, en caso contrario, puede suponer su inconstitucionalidad derivada del incumplimiento de concretos mandatos constitucionales, que ya habían sido concretados efectivamente por el legislador.” O más adelante indican: “una decisión restrictiva con respecto al nivel de protección previamente reconocido coloca a éste en la obligación de justificar de modo mucho más exigente el porqué de la disminución o restricción”.

del gobierno sería válida para reducir o eliminar este derecho, especialmente cuando ello afecte a la insuficiencia prestacional.

Señala García de Enterría que según la doctrina del Tribunal Constitucional cabría, hipotéticamente, admitir también un límite a la actividad normativa del poder legislativo en el principio de protección de la confianza legítima, singularmente en relación con el tema de la retroactividad de las leyes. Pero hasta la fecha presente el Tribunal Constitucional nunca ha anulado una ley por ese motivo ni tampoco ha declarado la inconstitucionalidad de una ley formal por no prever en sus determinaciones una reparación patrimonial de los perjuicios económicos que pudieran derivarse de la violación de tal principio. Y, de seguir así, creo que nunca lo veremos³².

4.. LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES TRAS LA LEY 23/2013, DE 23 DE DICIEMBRE, REGULADORA DEL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD

La revalorización supone un fuerte incremento anual de los gastos en pensiones, por ello han surgido diversas propuestas para aminorar o ralentizar dichos costes. Más aún, el azote de la crisis ha supuesto, como acaba de verse, que se haya llegado a suspender la actualización de las pensiones o se haya limitado la revalorización a porcentajes que nada tienen que ver con la realidad de la evolución de los precios o del coste de la vida, produciendo claramente un perjuicio en la capacidad adquisitiva de los beneficiarios de las pensiones.

Desde luego, son tiempos difíciles para evitar la pérdida del poder adquisitivo de los pensionistas. Inicialmente, el RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, suspendió la revalorización automática de las prestaciones para el 2011 y, posteriormente, el RD-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social estableció, como se dijo anteriormente, una revalorización de pensiones en el 1% y la eliminación de la actualización por el desvío en la previsión del IPC de la revalorización producida. Ello ha dado origen a la STC 49/2015, de 3 de marzo, de la que nos hemos ocupado, por la que se considera constitucional dejar sin efecto la actualización de pensiones.

³² En “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador”, en La responsabilidad patrimonial del estado (II), Boletín del ICAM, número 24, enero 2003.

Pero, sin duda, el mayor ataque a la determinación de las pensiones de vejez o jubilación y a la revalorización de las pensiones se ha producido con la Ley 23/2013 en la que se establecen nuevos métodos de determinar las pensiones de vejez o jubilación y también de revalorizar las pensiones. Mecanismos pensando más en el control del déficit del sistema que en el derecho de los pensionistas a pensiones dignas y acordes a sus aportaciones a lo largo de su carrera laboral y a la revalorización para evitar la depreciación.

Por lo que se refiere al factor de sostenibilidad, consecuencia de las recomendaciones de la Comisión del Pacto de Toledo, el art. 8 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, introdujo el denominado factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, en la DA 59ª de la LGSS, de modo que, a partir del 2027, los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027. Dichas revisiones se efectuarán cada 5 años, usando las previsiones realizadas por los organismos competentes. Y es que la sostenibilidad financiera del sistema pasa por tener en cuenta las consideraciones demográficas (tas de natalidad y esperanza de vida), el cese precoz en la actividad de los trabajadores de edad avanzada y la salud del mercado de trabajo, entendiendo como tal las tasas de empleo existentes³³.

Por lo que nos interesa, referido a la revalorización de pensiones, evidentemente, el legislador para cumplir formalmente la garantía constitucional de la revalorización de pensiones, ha modificado por enésima vez el art. 48 de la LGSS (a través del art. 7 de la Ley 23/2013) creando el llamado Índice de Revalorización Automática, lo que supone abandonar “la indexación previa del incremento de las pensiones al IPC como garantía completa de la conservación de su poder adquisitivo de las pensiones”³⁴. Se trata de la introducción de una fórmula matemática que toma diversos elementos o variables: los ingresos del sistema, el número de pensiones contributivas de la Seguridad Social, la variación interanual de la pensión media y los gastos del sistema.

³³ Vid, Sempere Navarro, A.V, en “El factor de sostenibilidad del sistema”, en AAVV; *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*. Dir. Sempere Navarro y Fernández Orrico, Thomson Reuters –Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 215.

³⁴ Como indican González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., en *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, op.cit, pág. 203.

Pensando en el más que probable resultado negativo, sobre todo en épocas como la actual en la que las tasas de desempleo son altas y los ingresos por cotizaciones disminuyen, el legislador “bondadoso” ha establecido una garantía mínima de incremento anual de las pensiones, estableciéndose en un 0,25%. De otro lado, también establece un máximo de revalorización, teniendo en cuenta por vez primera en toda esta formulación, el IPC; dicho tope máximo se fija en el IPC del año anterior incrementado en un 0,5%. Desde luego, con la fórmula diseñada para determinar el IRA es casi imposible que se llegue a este tope máximo.

Aunque el factor de sostenibilidad se aplicará a las pensiones que se causen a partir del 2019, el Índice de Revalorización Automática ya está en vigor, aunque no en pleno funcionamiento. Por ello, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 2014 y 2015 (Leyes 22/2013, de 23 de diciembre y 36/2014, de 26 de diciembre, respectivamente) han fijado una revalorización directa del 0,25 en las pensiones. Cuantía que, por supuesto, nada tiene que ver con el IPC previsto o real de tales anualidades.

De hecho, con el método establecido, que como se ha dicho, aún no está en funcionamiento pleno, no se produce un ajuste real de las pensiones a los cambios de los precios, a la inflación, sino parcial. Ello provoca una devaluación de las pensiones a lo largo de los años, evitando la función de seguridad económica que es propia de las pensiones, sobre todo de las más bajas. Formalmente, todas las pensiones se incrementan anualmente de forma automática. Materialmente, al elevarse en cuantía inferior al incremento de los precios, lo que se produce es una depreciación progresiva de las pensiones. Nos hemos olvidado la contribución que los pensionistas actuales, a lo largo de su vida como activos, han realizado a la prosperidad de nuestro país.

Al final, el sistema adoptado parece seguir una revalorización “cuando se pueda, como se pueda y en la medida en que la economía nacional lo permita”³⁵.

Como el nuevo art. 48 de la LGSS, tras la Ley 23/2013 de Factor de Sostenibilidad, no tiene como fin garantizar la capacidad adquisitiva de las pensiones, sino evitar el déficit del sistema de Seguridad Social, se ha dicho que ello “quiebra determinadas garantías constitucionales –la suficiencia, la prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo y la seguridad jurídica-. De ahí, la total viabilidad, a nuestro juicio, de Recurso de Inconstitucionalidad

³⁵ Como recuerda, Gete Castrillo, P. “El nuevo derecho común de las pensiones públicas”, op. cit., pág. 598.

presentado contra esta Ley, aunque ya veremos qué dice y cuando el “supremo intérprete” constitucional”³⁶. Aunque mucho nos tememos que con una doctrina como la emanada de la STC 49/2015, de 5 de marzo, nuestro Tribunal Constitucional atenderá más a la importancia de la economía que a las necesidades de las personas.

³⁶ Nuevamente, Monereo Pérez, Molina Navarrete y Quesada Segura en *Manual de Seguridad Social*, op. cit., pág. 243.

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ENERO A ABRIL DE 2015

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

DECRETO-LEY 2/2015, DE 3 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES PARA FAVORECER LA INSERCIÓN LABORAL, LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO, EL RETORNO DEL TALENTO Y EL FOMENTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO (BOJA núm. 48, 11 de marzo de 2015).

Esta disposición se desarrolla en seis títulos que desglosan los distintos programas o líneas de ayudas que tienen como finalidad impulsar la inserción laboral y la actividad de los trabajadores autónomos, respondiendo a la siguiente estructura:

1. Título Preliminar (arts. 1 al 5) donde se especifican las Disposiciones Generales y se relacionan las medidas de impulso para favorecer la inserción laboral a través de los siguientes programas:

- Programa Emple@Joven y Emple@25+.
- Programa para la contratación indefinida de personas mayores de 45 años.
- Programa para el retorno del talento.
- Programa de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo.

Como complemento de los programas citados, se aprueban otras medidas de inserción que se denominan: a) Iniciativa Cooperación Social y Comunitaria Emple@Joven y Emple@25+. b) Becas para el desarrollo de prácticas profesionales en empresas. c) Ayudas para la contratación de personas titulares del Bono de Empleo Joven. d) Iniciativa de Proyectos de Interés General y Social generadores de empleo. e) Incentivos a la contratación indefinida de jóvenes. f) Incentivos a la contratación indefinida para personas mayores de 45 años. g) Incentivos al retorno del talento. h) Ayudas al fomento del trabajo autónomo. i) Ayudas a la promoción del trabajo autónomo.

2. Título I, regula los Programas Emple@Joven y Emple@25+ (art. 6 al 50). Se subdivide en 5 secciones:

- a) Iniciativa Cooperación Social y Comunitaria Emple@Joven y Emple@25+. Pretende incrementar las colocaciones fomentando la inserción laboral de personas desempleadas por parte de los ayuntamientos a través de proyectos de cooperación social y comunitaria, que permiten mejorar la empleabilidad del colectivo beneficiario con la adquisición de competencias profesionales.

Las personas beneficiarias deberán estar inscritas como demandantes de empleo no ocupadas, además tendrán que:

- Tener una edad comprendida entre 18 y 24 años, ambos inclusive, y estar inscrita en el fichero del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, o
- Tener 25 o más años de edad.

El ayuntamiento contratante dispondrá de una cantidad a tanto alzado por contratación que se determinará atendiendo al grupo de cotización a la Seguridad Social (de 1300 a 1700 euros).

b) Becas para el desarrollo de prácticas profesionales en empresas.

Se dotan 1000 becas para facilitar las prácticas profesionales las personas jóvenes andaluzas menores de 30 años, que posean una titulación universitaria oficial; titulación en enseñanzas artísticas superiores: o bien formación profesional inicial, enseñanzas artísticas, profesionales y enseñanzas deportivas.

La entidad encargada de gestionar las becas es la Universidad Internacional de Andalucía; no se excluye que puedan intervenir como entidades asociadas a las empresas, cualquiera que sea su forma jurídica; las personas trabajadoras autónomas; y a las entidades privadas sin ánimo de lucro.

El coste de las prácticas profesionales es de 2.880 euros (2.700 euros para la persona becario y 180 euros por seguro de enfermedad, accidente y responsabilidad civil).

c) Ayudas para la contratación de personas titulares del Bono de Empleo Joven.

Esta línea se concreta en una cuantía a tanto alzado por importe de 4.800 euros vinculada a los contratos celebrados a jornada completa; y de 2.400 euros, para contratos formalizados al 50% de la jornada laboral, siempre que, en ambos casos, el perfil de la persona contratada coincida con el indicado en el art. 31 de norma.

d) Iniciativa de Proyectos de Interés General y Social generadores de empleo.

Incentiva la contratación, por parte de entidades sin ánimo de lucro privadas, de personas de treinta o más años de edad desempleadas –reuniendo los requisitos del art. 44- para realizar proyectos de interés general y social que tienen la finalidad de mejorar su empleabilidad mediante la adquisición de competencias profesionales.

e) Incentivos a la contratación indefinida de personas jóvenes.

Se concederá una ayuda a tanto alzado de 4.750 euros a:

- Las entidades beneficiarias que contraten indefinidamente a los titulares de un Bono de Empleo Joven, tras la finalización del periodo correspondiente a los doce meses de la ayuda.
- Las empresas asociadas inscritas en la Iniciativa Prácticas Profesionales en Empresas, tras la finalización del periodo de práctica profesional, que contraten con carácter indefinido a las personas jóvenes beneficiarias.

Es necesario que el contrato se mantenga ininterrumpidamente durante, al menos, 12 meses y que se realice a jornada completa.

3. Título II, regula los incentivos a la contratación de personas mayores de 45 años.

Se trata de un ayuda a tanto alzado (6.000 euros por contratación) si la vinculación laboral se realiza conforme a las condiciones especificadas en los arts. 51 al 56.

4. Título III, regula el Programa para el Retorno del Talento.

Se desglosa del art. 57 al 62. Consiste en determinados incentivos que podrán ser solicitados por las “personas andaluzas retornadas y las personas trabajadoras autónomas, las empresas válidamente constituidas e inscritas en el correspondiente registro, incluidas las de economía social, ubicadas en Andalucía, que se encuadren en los ámbitos de oportunidad incluidos en las prioridades de especialización de la Estrategia de Innovación de Andalucía 2020.RIS3 Andalucía, y en su Anexo VI, aprobada por Acuerdo de 24 de febrero de 2015, del Consejo de Gobierno”, tal como establece el art. 58. Los tipos de ayuda vinculados a este título son:

- Incentivos a la contratación para empresas que contraten a personas andaluzas que se encuentren residiendo y trabajando en el extranjero.
- Ayuda por traslado de residencia de las personas contratadas para favorecer su retorno y establecimiento en Andalucía vinculada a la concesión del incentivo a la contratación.

5. Título IV, concreta el Programa de Fomento y Promoción del Trabajo Autónomo.

Se desarrolla del art. 63 al 68, y se concreta en dos líneas distintas de de ayudas:

a) Línea 1. Fomento del trabajo autónomo, para la creación de nuevos empleos autónomos. La cuantía de la ayuda depende del colectivo al que se dirige:

- 4.000 euros para personas desempleadas menores de 30 años.
- 4.500 euros para mujeres desempleadas.
- 5.000 euros para hombres desempleados con discapacidad.
- 5.500 euros para mujeres desempleadas con discapacidad.
- 3.000 euros para personas no susceptibles de encuadrarse en los supuestos anteriores.

b) Línea 2. Promoción del trabajo autónomo, que tiene por objeto “favorecer el mantenimiento y la consolidación del empleo autónomo, a través de la elaboración de proyectos integrados de orientación, asesoramiento y tutorización de personas trabajadoras autónomas ya constituidas, que serán diseñados y desarrollados por las entidades que resulten beneficiarias de la misma, evitando la destrucción del empleo autónomo”, como establece el art. 67.

6. Título V que contiene la regulación del procedimiento administrativo de concesión de las distintas ayudas (arts. 70 al 92).

Respecto a la formalización de contratos con personas discapacitadas, la D.A. 1ª establece la obligación del SAE de velar por el cumplimiento de la obligación relativa a la reserva de cupo de personas con discapacidad exigidas para las entidades beneficiarias de las ayudas que se concedan en la iniciativa de cooperación social y comunitaria en los programas Emple@Joven y Emple@25+.

DECRETO 114/2015, DE 24 DE MARZO, POR EL QUE SE DETERMINA EL CALENDARIO DE FIESTAS LABORALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL AÑO 2016 (BOJA núm. 59, 26 de marzo de 2015).

Para el año 2016, las fiestas laborales propias, retribuidas y no recuperables de la Comunidad Autónoma de Andalucía, son las siguientes:

- 28 de febrero, Día de Andalucía, que pasa al lunes 29, por ser domingo.
- 6 de enero, Epifanía del Señor.
- 24 de marzo, Jueves Santo.

El calendario de totalidad de las fiestas para el año 2016, incluyendo las de carácter estatal, a falta por concretar las dos de carácter municipal, es el siguiente:

- 1 de enero (viernes).
- 6 de enero (miércoles).
- 29 de febrero (lunes).
- 24 de marzo (jueves).
- 25 de marzo (viernes).
- 2 de mayo (lunes).
- 15 de agosto (lunes).
- 12 de octubre (miércoles).
- 1 de noviembre (martes).
- 6 de diciembre (martes).
- 8 de diciembre (jueves).
- 26 de diciembre (lunes).

ACUERDO DE 24 DE FEBRERO DE 2015, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE APRUEBA LA ESTRATEGIA DE INNOVACIÓN DE ANDALUCÍA 2020. RIS3 ANDALUCÍA (BOJA núm. 49, 12 de marzo de 2015).

El pacto contiene los objetivos y criterios de priorización de la investigación, de la innovación y del uso de las tecnologías de la información; así como las prioridades de especialización de la economía andaluza, que será desarrollado y ejecutado por el Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo. El texto del Acuerdo se encuentra disponible en el sitio web <http://ris3andalucia.es/>

ORDEN DE 23 DE DICIEMBRE DE 2014, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES A LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES DE ANDALUCÍA PARA EL DESARROLLO DE UN PROGRAMA DE ACTUACIONES CONJUNTAS DE DOTACIÓN Y MODERNIZACIÓN DE ESPACIOS PRODUCTIVOS (BOJA núm. 1, 2 de enero de 2015).

Esta disposición tiene doble finalidad:

a) Aprueba las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a las Diputaciones Provinciales de Andalucía para el desarrollo de un programa de actuaciones conjuntas de dotación y modernización de espacios productivos.

Junto con las bases, establece los formularios referidos a datos del solicitante, autorización para consulta de datos y notificaciones electrónicas, documentos a aportar y datos del proyecto (Anexo I); y formulario para alegaciones, aceptación, reformulación y presentación de documentos (Anexo II).

b) Efectuar su convocatoria para el año 2015 para lo que estableció un plazo para la presentación de solicitudes de treinta días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la publicación de esta Orden en el BOJA.

ORDEN DE 23 DE ENERO DE 2015, POR LA QUE SE APRUEBA EL PLAN DE ACTIVACIÓN DEL COMERCIO AMBULANTE EN ANDALUCÍA PARA EL PERÍODO 2015/2017 (BOJA núm. 25, 6 de febrero de 2015).

Con este Plan se reconoce la importancia del sector del comercio ambulante para lo que incide en su profesionalización y especialización; tratando de dotarlo de calidad; en optimizar la organización y gestión de los mercadillos; así como en potenciar la formación y la innovación, tratando, finalmente, de mejorar el proceso de comercialización y distribución de las empresas del comercio ambulante mediante su convergencia con otros sectores (realización de rutas y guías de mercadillos principalmente). La consecución de esos objetivos parte de la puesta en práctica de una serie de programas centrados en:

- La elaboración de estudios e informes.
- La creación del Centro de Análisis y Seguimiento del Comercio Ambulante.
- El establecimiento de acciones de divulgación (publicaciones en revistas y webs especializadas).
- La Formación y Profesionalización de los comerciantes, por su déficit en materia comercial.
- Potenciar la innovación y calidad, así como la optimización y dinamización de procesos con la finalidad de concienciar a los consumidores,

tratar de mejorar la experiencia de compra y venta, e incrementar las ventas con el objetivo de mantener este sector activo.

ORDEN DE 20 DE FEBRERO DE 2015, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 23 DE JULIO DE 2008, POR LA QUE SE ESTABLECEN NORMAS PARA LA GESTIÓN Y COORDINACIÓN DE LAS INTERVENCIONES COFINANCIADAS CON FONDOS EUROPEOS EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL PERÍODO DE PROGRAMACIÓN 2007-2013 (BOJA núm. 41, 2 de marzo de 2015).

Con su aprobación se modifica el artículo 39.1 de la Orden de 23 de julio de 2008, de la Consejería de Economía y Hacienda con la finalidad que las propuestas de documentos contables «J de importe no elegible» no queden sometidas a los procedimientos y requerimientos que derivan de la normativa comunitaria, al no ser cofinanciables por la UE; al mismo tiempo, se establece la no exigencia de no solicitar el certificado que acredita el cumplimiento de la normativa comunitaria, al no aplicársele las normas de la UE.

ORDEN DE 19 DE MARZO DE 2015, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2011, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS Y CONVOCATORIA DE LAS SUBVENCIONES ESPECIALES REGULADAS EN EL REAL DECRETO 196/2010, DE 26 DE FEBRERO, QUE SE CITA (BOJA núm. 57, 24 de marzo de 2015; Corrección de errores en BOJA núm. 65, 7 de abril de 2015).

La modificación de la Orden de 22 de septiembre de 2011 tiene el objetivo de incluir la regulación de la cuantía adicional prevista en el Real Decreto 1783/2011, de 16 de diciembre.

ORDEN DE 20 DE MARZO DE 2015, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 16 DE MAYO DE 2011, DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS DE LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES Y SU CONVOCATORIA A PYMES Y AUTÓNOMOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS LABORALES, SE EFECTÚA SU CONVOCATORIA PARA EL AÑO 2015, Y SE MODIFICA LA DE 6 DE JUNIO DE 2014, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES DEL PROGRAMA DE APOYO A LA PROMOCIÓN Y EL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA SOCIAL PARA EL EMPLEO (BOJA núm. 59, 26 de marzo de 2015).

Las modificaciones tratan de implantar:

- a) El cambio en la estructura de la Administración de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto del Presidente 3/2012, de 5 de mayo, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías.
- b) Contribuir a la consecución de los objetivos previstos en el III Plan de Actuación de la Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el Trabajo 2010-2014, aprobada por Acuerdo de 9 de febrero de 2010, del Consejo de Gobierno.
- c) Adaptar la normativa a la publicación de los Reglamentos de exención adoptados por la Comisión relativos a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis: Reglamento (UE) núm. 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a las ayudas de minimis, Reglamento (UE) núm. 1408/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a las ayudas de minimis en el sector agrícola, las cuales posibilitan la ampliación de la subvención.

ORDEN DE 20 DE MARZO DE 2015, POR LA QUE SE PRORROGAN ALGUNAS DE LAS MEDIDAS APROBADAS POR EL DECRETO-LEY 8/2014, DE 10 DE JUNIO, DE MEDIDAS EXTRAORDINARIAS Y URGENTES PARA LA INCLUSIÓN SOCIAL A TRAVÉS DEL EMPLEO Y EL FOMENTO DE LA SOLIDARIDAD EN ANDALUCÍA (BOJA núm. 59, 26 de marzo de 2015).

La medida pretende favorecer la inclusión social de ciertos colectivos, al tiempo que trata de paliar las situaciones de necesidad derivadas de la dificultad de acceso al mercado laboral para personas en situación de exclusión social o en riesgo de estarlo, para lo que prorroga durante el año 2015 el Programa Extraordinario de Ayuda a la Contratación de Andalucía, gestionado por los Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por el Decreto-ley 8/2014, de 10 de junio, de medidas extraordinarias y urgentes para la inclusión social a través del empleo y el fomento de la solidaridad en Andalucía. La dotación es de 40.000.000 €, cantidad que es desglosada para cada ayuntamiento andaluz en el Anexo II de la Orden.

El plazo para solicitar la subvención fue de 15 días, a computar desde el día siguiente a la entrada en vigor de la norma, que fue el día de su publicación en el BOJA.

Igualmente, en este período se han publicado en el BOJA las siguientes disposiciones, que se mencionan por su fecha de publicación:

1. Orden de 26 de diciembre de 2014, por la que se modifica la Orden de 25 de abril de 2014, por la que se convoca la concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a Ayuntamientos, Mancomunidades de Municipios y Consorcios para el desarrollo del Programa

Unidades de Empleo de Mujeres (UNE M), para el año 2014 (BOJA núm. 2, de 5 de enero de 2015).

2. Decreto 180/2014, de 23 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de las personas perceptoras de las pensiones del Fondo de Asistencia Social y de las beneficiarias del subsidio de garantía de ingresos mínimos para el año 2015 (BOJA núm. 5, de 9 de enero de 2015).

3. Decreto 181/2014, de 23 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas para el año 2015 (BOJA núm. 5, de 9 de enero de 2015).

4. Orden de 30 de enero de 2015, por la que se determina el sistema de comunicación de sospecha de enfermedad profesional por las personas facultativas médicas de los servicios de prevención de riesgos laborales (BOJA núm. 25, de 6 de febrero de 2015).

5. Decreto 94/2015, de 24 de febrero, por el que se dictan normas para facilitar la participación de las personas trabajadoras por cuenta ajena y del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias en las elecciones de diputados y diputadas al Parlamento de Andalucía, que habrán de celebrarse el próximo día 22 de marzo de 2015 (BOJA núm. 39, de 26 de febrero de 2015).

6. Decreto de la Presidenta 9/2015, de 10 de marzo, por el que se dispone el cese y nombramiento de las personas miembros titulares y suplentes del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en representación de las organizaciones miembros (BOJA núm. 74, de 20 de abril de 2015).

7. Corrección de errores del Decreto-ley 2/2015, de 3 de marzo, de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el empleo, el retorno del talento y el fomento del trabajo autónomo (BOJA núm. 48, de 11 de marzo de 2015).

La corrección se publicó en el BOJA núm. 54. De 19 de marzo de 2015.

8. Resolución de 20 de enero de 2015, de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, por la que se publica el acuerdo de modificación del convenio entre el Ministerio de Educación y Ciencia, la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía y la Universidad de Málaga, para colaborar en la realización de actuaciones de investigación y desarrollo a través de la construcción del Centro Andaluz de Investigación en Tecnologías Informáticas y de la construcción del Centro de Investigación en Turismo, Arquitectura y Territorio de la Universidad de Málaga, cofinanciado por FEDER, firmado el 21 de diciembre de 2007 (BOJA núm. 17, 27 de enero de 2015).

9. Resolución de 20 de enero de 2015, de la Secretaría General de

Universidades, Investigación y Tecnología, por la que se publica el acuerdo de modificación del convenio entre el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa y la Fundación Centro Tecnológico Andaluz de Innovación y Tecnologías de la Información (CI TIC), para colaborar en las actuaciones de investigación y desarrollo a través de la construcción del Centro Andaluz para la I+D+i en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Desarrollo de la Sociedad de la Información, firmado el 28 de mayo de 2008 (BOJA núm. 17, 27 de enero de 2015).

10. Resolución de 20 de enero de 2015, de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, por la que se publica el acuerdo de modificación del convenio entre el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa y la Fundación Centro Tecnológico Andaluz de Innovación y Tecnologías de la Información (CI TIC), para colaborar en las actuaciones de investigación y desarrollo a través de la construcción del Centro Andaluz para la I+D+i en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Desarrollo de la Sociedad de la Información, firmado el 28 de mayo de 2008 (BOJA núm. 17, 27 de enero de 2015).

11. Resolución de 20 de enero de 2015, de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, por la que se publica el acuerdo de modificación del convenio entre el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Comunidad Autónoma de Andalucía (Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa) y la Fundación Centro Tecnológico de la Piel (MOVEX), en la selección y ejecución del proyecto construcción de la instalación científico-tecnológica para el desarrollo de proyectos de I+D+i en piel y equipamiento de la célula experimental y laboratorio de muestras, cofinanciado por FEDER, firmado el 30 de junio de 2009 (BOJA núm. 17, 27 de enero de 2015).

12. Resolución de 20 de enero de 2015, de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, por la que se publica el acuerdo de modificación del convenio entre el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa y la Fundación Centro Tecnológico de la Piedra (CTAP), para colaborar en las actuaciones de investigación y desarrollo a través de la construcción y equipamiento de una planta industrial experimental en dicho centro tecnológico, cofinanciado por FEDER, firmado el 28 de mayo de 2008 (BOJA núm. 17, 27 de enero de 2015).

13. Resolución de 23 de febrero de 2015, de la Dirección General de Autónomos y Planificación Económica, por la que se somete a Información Pública el Plan de Actuación para el Trabajo Autónomo de Andalucía (Horizonte 2020). (BOJA núm. 21, 2 de febrero de 2015).

14. Resolución de 3 de febrero de 2015, de la Dirección General de

Economía Social, por la que se hacen públicas las subvenciones por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones del Programa de apoyo a la promoción y el desarrollo de la economía social para el empleo y convocadas para 2014 mediante Resolución que se cita (BOJA núm. 27, 10 de febrero de 2015).

16. Resolución de 18 de marzo de 2015, de la Presidencia del Parlamento de Andalucía, por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-ley 2/2015, de 3 de marzo, de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el empleo, el retorno del talento y el fomento del trabajo autónomo (BOJA núm. 62, 31 de marzo de 2015).

15. Resolución de 28 de marzo de 2015, de la Dirección General de Autónomos y Planificación Económica, por la que se acuerda la distribución territorial de los créditos disponibles para la concesión de las subvenciones previstas en el Programa de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo, regulado por el Decreto-ley 2/2015 de 3 de marzo, de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el empleo, el retorno del talento y el fomento del trabajo autónomo (BOJA núm. 65, 7 de abril de 2015).

Establece el reparto provincial de 12.370.600 euros, para el programa de “Fomento del Trabajo Autónomo” regulado en el por el Decreto-ley 2/2015.