

Derecho crítico del Trabajo

Critical Labor Law

Jesús Martínez Girón

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de A Coruña*

Alberto Arufe Varela

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

DERECHO CRÍTICO DEL TRABAJO-CRITICAL LABOR LAW

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

DERECHOS RESERVADOS 2011, respecto a la primera edición en español e inglés, por

© Netbiblo, S. L.

netbiblo

www.netbiblo.com

NETBIBLO, S. L.

C/. Rafael Alberti, 6 bajo izq.

Sta. Cristina 15172 Oleiros (La Coruña) – Spain

Tlf: +34 981 91 55 00 • Fax: +34 981 91 55 11

www.netbiblo.com

editorial@netbiblo.com

Miembro del Foro Europeo de Editores

ISBN: 978-84-9745-898-6

Depósito Legal: C-2200-2011

Directora Editorial: Cristina Seco López

Editora: Lorena Bello

Producción Editorial: Gesbiblo, S. L.

Impreso en España – Printed in Spain

ÍNDICE GENERAL

[GENERAL SUMMARY]

| | |
|---------------------------------|------|
| Prólogo [<i>Preface</i>]..... | XIII |
|---------------------------------|------|

INTRODUCCIÓN *INTRODUCTION*

| | |
|--|---|
| Tema 1. LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SU LOCALIZACIÓN (MEJORABLE EN ESPAÑA) A TRAVÉS DE INTERNET..... | 3 |
|--|---|

Sumario: §1. La disposición adicional octava del Estatuto de los Trabajadores. §2. La localización de la legislación laboral a través del portal del *Boletín Oficial del Estado*. §3. La localización de la jurisprudencia laboral a través del portal del Poder Judicial. §4. La localización de los convenios colectivos a través del sitio en Internet de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. §5. El portal jurídico «EUR-Lex».

| | |
|---|----|
| Lesson 1. <i>THE SOURCES OF LABOR LAW AND THEIR SEARCH (IMPROVABLE IN SPAIN) THROUGH INTERNET.....</i> | 11 |
|---|----|

Contents: §1. *The additional schedule number eight of the Workers' Statute.* §2. *The search of labor legislation through the website of the Boletín Oficial del Estado.* §3. *The search of labor case Law through the website of the Judiciary Power.* §4. *The search of collective bargaining agreements through the website of the National Advisory Commission for Collective Bargaining Agreements.* §5. *The legal website «EUR-Lex».*

| | |
|--|----|
| Tema 2. LOS PRINCIPIOS TRADICIONALES DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SU NEUTRALIZACIÓN POR NUEVOS PRINCIPIOS ECONOMICISTAS..... | 15 |
|--|----|

Sumario: §1. El principio de favorecimiento del trabajador. §2. Las dos principales vías de intromisión de los nuevos principios economicistas. §3. Derecho comparado y comunitario sobre el principio de favorecimiento del trabajador.

| | |
|--|----|
| Lesson 2. <i>THE TRADITIONAL PRINCIPLES OF LABOR LAW AND THEIR NEUTRALIZATION BY NEW ECONOMIC PRINCIPLES.....</i> | 23 |
|--|----|

Contents: §1. *The principle of the most favorable treatment of the worker.* §2. *The two main ways for interference of the new economic principles.* §3. *Comparative and Community Law about the principle of the most favorable treatment of the worker.*

| | | |
|----------------|---|----|
| Tema 3. | LA DIFUMINACIÓN DE LAS FRONTERAS DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO | 27 |
| | Sumario: §1. El trabajo asalariado, subordinado o dependiente y sus fuentes delimitadoras. §2. La intromisión del híbrido denominado «trabajador autónomo económicamente dependiente». §3. Derecho comparado sobre trabajadores equivalentes a nuestro «trabajador autónomo económicamente dependiente». | |

| | | |
|------------------|---|----|
| Lesson 3. | <i>THE SMUDGE OF THE PERSONAL SCOPE BORDERS OF LABOR LAW</i> | 35 |
| | Contents: §1. <i>The salaried, subordinated or dependent work and its defining sources.</i> §2. <i>The interference of the so-called «economic dependent self-employed» hybrid.</i> §3. <i>Comparative Law about workers equivalent to our «economic dependent self-employed».</i> | |

PARTE PRIMERA: DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO
FIRST PART: INDIVIDUAL LABOR LAW

| | | |
|----------------|---|----|
| Tema 4. | EL MODELO ESPAÑOL NI UNITARIO NI INTEGRAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO | 41 |
| | Sumario: §1. Las fuentes reguladoras de las oficinas públicas de empleo, agencias de colocación y empresas de trabajo temporal. §2. Los caracteres del sistema nacional español de empleo. §3. La red informática EURES y los servicios públicos nacionales europeos de empleo (en especial, el unitario e integral alemán). | |

| | | |
|------------------|---|----|
| Lesson 4. | <i>THE SPANISH NEITHER UNITARIAN NOR INTEGRAL MODEL OF PUBLIC SERVICES OF EMPLOYMENT</i> | 47 |
| | Contents: §1. <i>The sources ruling the public centers of employment, employment agencies, and temporary employment agencies.</i> §2. <i>The characters of the Spanish national system of employment.</i> §3. <i>The computer net EURES and the European national public services of employment (and namely, the German unitarian and integral one).</i> | |

| | | |
|----------------|--|----|
| Tema 5. | EL CONTRATO DE TRABAJO COMÚN U ORDINARIO Y SUS MODALIDADES MÁS INDESEABLES | 51 |
| | Sumario: §1. Las presunciones legales « <i>iuris tantum</i> », relativas al contrato de trabajo común u ordinario. §2. El fraude de ley en la contratación laboral precaria. §3. Derecho comunitario y comparado sobre contratos de trabajo temporales. | |

| | | |
|------------------|--|----|
| Lesson 5. | <i>THE ORDINARY OR COMMON CONTRACT OF EMPLOYMENT AND ITS MORE UNDESIRABLE MODALITIES</i> | 57 |
| | Contents: §1. <i>The prima facie evidences relating to the ordinary or common contract of employment.</i> §2. <i>The fraud of Law in the precarious employment hiring.</i> §3. <i>Community and Comparative Law about fixed-term contracts of employment.</i> | |

| | | |
|------------------|--|----|
| Tema 6. | LA PRESTACIÓN DE TRABAJO Y LOS INTENTOS DE DESPROFESIONALIZACIÓN DEL TRABAJADOR..... | 61 |
| | Sumario: §1. Los cinco caracteres primordiales de la obligación de trabajar. §2. La consideración de la especialización profesional como un mal por nuestro legislador laboral, especialmente a partir de 1994. §3. Derecho comunitario sobre «flexiguridad» externa e interna. | |
| Lesson 6. | <i>THE RENDERING OF WORK AND THE ATTEMPTS OF NOT GIVING A PROFESSIONAL STATUS TO THE WORKER.....</i> | 69 |
| | Contents: §1. The main five characters of the rendering of work duty. §2. The professional status as an evil, according to our employment legislator, specially since 1994. §3. Community Law about external and internal «flexicurity». | |
| Tema 7. | LA JORNADA DE TRABAJO, MÁXIMA CASI A VOLUNTAD DEL EMPRESARIO | 73 |
| | Sumario: §1. Las fuentes legales reguladoras de la jornada. §2. El empeoramiento para el trabajador de las jornadas diaria y semanal. §3. Derecho comunitario y comparado sobre «flexibilidad» de la jornada. | |
| Lesson 7. | <i>THE EARLY MAXIMUM AT THE EMPLOYER'S WILL WORKING TIME</i> | 79 |
| | Contents: §1. The legal sources ruling working time. §2. The making worse of daily and weekly working time for the worker. §3. Community and Comparative Law about «flexibility» of working time. | |
| Tema 8. | EL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL Y SU CUANTÍA MANIFIESTAMENTE INADECUADA..... | 83 |
| | Sumario: §1. Las fuentes legales reguladoras del salario. §2. El salario mínimo interprofesional español. §3. Derecho comunitario, del Consejo de Europa y comparado sobre la cuantía del salario mínimo interprofesional. | |
| Lesson 8. | <i>THE INTERPROFESSIONAL MINIMUM WAGE AND ITS MANIFESTLY INADEQUATE AMOUNT.....</i> | 89 |
| | Contents: §1. The legal sources ruling wages. §2. The Spanish minimum interprofessional wage. §3. Community, Council of Europe's, and Comparative Law about the amount of the interprofessional minimum wage. | |
| Tema 9. | LA FALTA DE EJEMPLARIDAD DEL ESTADO ESPAÑOL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES | 93 |
| | Sumario: §1. La Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales. §2. El Derecho de la Unión Europea sobre seguridad y salud laboral. §3. Los procesos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre incumplimientos por los Estados miembros del Derecho comunitario en materia de seguridad y salud laboral. | |

- Lesson 9.** *THE MISCONDUCT OF THE SPANISH STATE IN THE SUBJECT-MATTER OF OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH* 99
Contents: §1. *The Act 31/1995 about occupational safety and health.* §2. *The European Union Law about occupational safety and health.* §3. *The proceedings before the Court of Justice of the European Union, about the failure by the member States to fulfil their obligations about occupational safety and health.*
- Tema 10.** EL «LO TOMAS O LO DEJAS» PARA EL TRABAJADOR INDIVIDUAL ANTE LA MODIFICACIÓN DE SU CONTRATO DE TRABAJO 103
Sumario: §1. *Las fuentes sustantivas y procesales reguladoras de la modificación del contenido del contrato de trabajo.* §2. *En especial, la funcionalidad del apartado 6 del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral.* §3. *La regulación de la modificación del contenido del contrato de trabajo en los ordenamientos francés, alemán y británico.*
- Lesson 10.** “TAKE IT OR LEAVE IT” FOR THE WORKER IN FRONT OF THE MODIFICATION OF HIS CONTRACT OF EMPLOYMENT 109
Contents: §1. *The substantive and procedure sources ruling the modification of the contents of the contract of employment.* §2. *Specially, the functionality of paragraph 6 of section 138 of the Labor Proceedings Act.* §3. *The regulation of the modification of the contents of the contract of employment in the French, German, and British legal orders.*
- Tema 11.** LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SUS CONSECUENCIAS DISTORSIONANTES MÁS SORPRENDENTES 113
Sumario: §1. *Los cinco rasgos definidores de la situación de suspensión del contrato de trabajo.* §2. *La suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes y su distorsión de las cifras españolas de siniestralidad laboral.* §3. *Derecho comparado (alemán, francés y norteamericano) sobre la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes.*
- Lesson 11.** *THE SUSPENSION OF THE CONTRACT OF EMPLOYMENT AND ITS MORE SURPRISING, DISTORTING CONSEQUENCES* 119
Contents: §1. *The five defining features of the suspension of the contract of employment situation.* §2. *The suspension of the contract of employment by temporary disability deriving from common risks, and its distorsion of the Spanish figures about accidents at work.* §3. *Comparative (German, French, and USA) Law about suspension of the contract of employment by temporary disability deriving from common risks.*

- Tema 12.** LOS DOS MELLIZOS TERMINADORES ESTELARES DEL CONTRATO DE TRABAJO, POR CAUSAS INDEPENDIENTES DE LA VOLUNTAD DEL TRABAJADOR 123
- Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras de la extinción contractual por causas independientes de la voluntad del trabajador (y en especial, del despido colectivo y del despido objetivo). §2. La facilitación legal del despido colectivo y del despido objetivo. §3. La imposibilidad de eliminación selectiva de los trabajadores mayores, por causas independientes de su voluntad, en los ordenamientos alemán y francés.
- Lesson 12.** *THE STARRING TERMINATOR TWINS OF THE CONTRACT OF EMPLOYMENT, BY REASONS INDEPENDENT OF THE EMPLOYEE'S WILL* 131
- Contents:** §1. *The sources ruling the contract termination by reasons independent of the employee's will (and namely, collective dismissal and objective dismissal).* §2. *The legal making easy of collective dismissal and objective dismissal.* §3. *The impossibility of selective elimination of senior employees, by reasons independent of their will, in the German and French legal orders.*
- Tema 13.** EL EXTINTOR ESTELAR (Y EN SU CASO, «EXPRESS») DEL CONTRATO DE TRABAJO, POR CAUSAS DEPENDIENTES DE LA VOLUNTAD DEL TRABAJADOR 135
- Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras de las causas justas extintivas del contrato de trabajo, si dependientes de la voluntad del trabajador, y su clasificación. §2. El despido disciplinario. §3. La eficacia multiplicadora del coste del despido disciplinario improcedente. §4. El abaratamiento del coste del despido disciplinario improcedente, sobre todo por la vía del despido «express», también para las grandes empresas. §5. La protección desigual contra el despido, según el tamaño de la empresa, en Derecho comparado continental europeo y norteamericano.
- Lesson 13.** *THE STARRING (AND EVEN, «EXPRESS») TERMINATOR OF THE CONTRACT OF EMPLOYMENT, BY REASONS DEPENDENT OF THE EMPLOYEE'S WILL*..... 145
- Contents:** §1. *The sources ruling the just reasons for termination of the contract of employment, if dependent of the employee's will, and their classification.* §2. *The disciplinary dismissal.* §3. *The multiplier effect of the cost of the wrongful disciplinary dismissal.* §4. *The making cheaper of the cost of the wrongful disciplinary dismissal, above all through the way of the «express» dismissal, also for large enterprises.* §5. *The unequal protection against dismissals, depending on the size of the enterprise, in Continental European and USA Comparative Law.*

PARTE SEGUNDA: DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO
SECOND PART: COLLECTIVE LABOR LAW

- Tema 14.** LOS REPRESENTANTES LEGALES O UNITARIOS DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA Y LA EFICACIA «POLÍTICA» DE SUS ELECCIONES 151
Sumario: §1. El Título II del Estatuto de los Trabajadores. §2. La sindicalización, burocratización y publicación de las elecciones a representantes legales o unitarios de los trabajadores, por causa de su eficacia «política». §3. La diversidad de modelos nacionales europeos, formalizadores del Derecho de la Unión Europea en materia de representantes legales o unitarios de los trabajadores.
- Lesson 14.** *THE STATUTORY OR UNITARIAN WORKERS' REPRESENTATIVES IN THE ENTERPRISE AND THE «POLITICAL» EFFICACY OF THEIR ELECTIONS.....* 157
Contents: §1. *Title II of the Workers' Statute.* §2. *The unionization, the bureaucracy, and the publication of the statutory or unitarian workers' elections, because of their «political» efficacy.* §3. *The diversity of national European models, embodying the European Union Law about the subject-matter of statutory or unitarian workers' representatives.*
- Tema 15.** LOS SINDICATOS, SUS AFILIADOS Y LA POLÉMICA SOBRE SU FINANCIACIÓN 161
Sumario: §1. La Ley Orgánica de Libertad Sindical y su opción por la audiencia electoral. §2. La polémica sobre la financiación de los sindicatos, en España y en Francia. §3. La financiación pública transparente de los sindicatos en Francia, y la financiación privada de los sindicatos en Alemania, como elementos de contraste.
- Lesson 15.** *THE UNIONS, THEIR MEMBERS AND THE POLEMIC ABOUT THEIR FINANCING.....* 169
Contents: §1. *The Organic Act on Freedom Union and its choice from electoral audience.* §2. *The polemic about union financing, in Spain and in France.* §3. *The transparent public financing of unions in France, and the private financing of unions in Germany, as contrast elements.*
- Tema 16.** LA EFICACIA NORMATIVA GENERAL Y GENERALIZADA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS SECTORIALES ESPAÑOLES, UNA RAREZA EN SISTEMAS DEMOCRÁTICOS DE RELACIONES LABORALES..... 173
Sumario: §1. La eficacia normativa general de los convenios colectivos sectoriales españoles y sus antecedentes predemocráticos. §2. La cobertura generalizada de los convenios colectivos sectoriales negociados al amparo del Título III del Estatuto de los Trabajadores. §3. La regla general europea contraria, de existencia de convenios colectivos sectoriales de eficacia normativa limitada.

- Lesson 16.** *THE GENERAL AND GENERALIZED NORMATIVE EFFICACY OF THE SPANISH SECTORIAL COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS, A RARITY IN DEMOCRATIC SYSTEMS OF LABOR RELATIONS*..... 181
Contents: §1. *The general normative efficacy of the Spanish sectorial collective bargaining agreements and its predemocratic background.* §2. *The generalized coverage of the sectorial collective bargaining agreements negotiated under Title III of the Workers' Statute.* §3. *The contrary European general rule, relating to the existence of limited normative efficacy sectorial collective bargaining agreements.*
- Tema 17.** LA VÁLVULA DE ESCAPE REPRESENTADA POR LOS CONVENIOS COLECTIVOS «EXTRAESTATUTARIOS», ESPECIALMENTE LOS DE ÁMBITO EMPRESARIAL 185
Sumario: §1. Los convenios colectivos «extraestatutarios» y su eficacia normativa, general o limitada. §2. Los convenios colectivos «extraestatutarios» verbales de ámbito empresarial. §3. La contraposición entre ordenamientos anglosajones y ordenamientos continentales europeos, en materia de forma del convenio colectivo.
- Lesson 17.** *THE SAFETY VALVE REPRESENTED BY THE «EXTRA-STATUTORY» COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS, SPECIALLY THOSE WITH ENTERPRISE SCOPE*..... 191
Contents: §1. *The «extra-statutory» collective bargaining agreements and their normative efficacy, general or limited.* §2. *The oral «extra-statutory» collective bargaining agreements with an enterprise scope.* §3. *The contrast between anglosaxon legal orders and European continental legal orders, in the subject-matter of the form of the collective bargaining agreements.*
- Tema 18.** LA FALTA DE CUMPLIMIENTO POR EL ESTADO DE SU DEBER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR EN MATERIA DE HUELGAS, SUS CAUSAS Y ALGUNAS DE SUS CONSECUENCIAS 195
Sumario: §1. Las fuentes reguladoras del derecho de huelga. §2. Algunas consecuencias del incumplimiento por el Estado de su deber constitucional de legislar en materia de huelgas. §3. La renuncia por el Derecho de la Unión Europea a armonizar las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia de huelgas.
- Lesson 18.** *THE VIOLATION BY THE STATE OF ITS CONSTITUTIONAL DUTY TO LEGISLATE ABOUT STRIKES, ITS REASONS, AND SOME OF ITS CONSEQUENCES*..... 203
Contents: §1. *The sources ruling the right to strike.* §2. *Some consequences deriving from the violation by the State of its constitutional duty to legislate about strikes.* §3. *The waiver by the European Union Law to harmonize the member States national legislations about strikes.*

PARTE TERCERA: DERECHO PROCEDIMENTAL Y PROCESAL LABORAL

THIRD PART: LABOR ADMINISTRATIVE AND JUDICIARY LAW

| | | |
|-------------------|--|-----|
| Tema 19. | EL SISTEMA ESPAÑOL, PARCIALMENTE DISGREGADO, DE INSPECCIÓN DE TRABAJO | 209 |
| | Sumario: §1. Las fuentes reguladoras y su caracterización de nuestra Inspección de Trabajo como un sistema de inspección funcional, integral, jurídico, mixto y parcialmente disgregado. §2. La Agencia Catalana de Inspección de Trabajo. §3. Dos modelos (alemán y norteamericano) de referencia, por operar en Estados federales, de estructuración de la Inspección de Trabajo. | |
| Lesson 19. | <i>THE SPANISH SYSTEM, PARTIALLY DISPERSED, OF LABOR INSPECTION</i> | 215 |
| | Contents: §1. <i>The ruling sources and their implementation of our Labor Inspection as a civil service, integral, legal, mixed, and partially dispersed Inspection system.</i> §2. <i>The Catalanian Agency of Labor Inspection.</i> §3. <i>Two reference models (German and USA ones) of Labor Inspection formalization, because they enforce the Law in federal States.</i> | |
| Tema 20. | LOS TRIBUNALES LABORALES Y LOS RECELOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE ELLOS, EN CUANTO QUE POSIBLE DEMANDADA..... | 219 |
| | Sumario: §1. Las fuentes reguladoras de los tribunales laborales, y la delimitación de sus competencias material, funcional y territorial. §2. La sustracción cuestionable de determinados asuntos a la competencia material de los tribunales laborales, en favor de los tribunales contencioso-administrativos. §3. Los contenciosos laboral y de seguridad social en Alemania y Francia. | |
| Lesson 20. | <i>LABOR COURTS AND THE SUSPICIONS OF THE PUBLIC ADMINISTRATION BEFORE THEM, AS LONG AS A POSSIBLE DEFENDANT</i> | 225 |
| | Contents: §1. <i>The sources ruling labor courts and the definition of their material, functional, and geographic jurisdiction.</i> §2. <i>The arguable subtraction of a number of matters to the material jurisdiction of labor courts, in favor of administrative courts.</i> §3. <i>Labor and social security litigation in Germany and France.</i> | |
| Tema 21. | LA DESACELERACIÓN DE LA TRADICIONAL CELERIDAD DE LOS PROCESOS LABORALES..... | 229 |
| | Sumario: §1. El acto del juicio, en cuanto que mecanismo tradicionalmente posibilitador de la celeridad de los procesos laborales de instancia. §2. La anticuada regulación de las medidas cautelares contenida en la Ley de Procedimiento Laboral. §3. Derecho comparado sobre celeridad procesal laboral. | |

| | |
|---|-----|
| Lesson 21. THE DECELERATION OF THE TRADITIONAL SPEED OF THE LABOR PROCEEDINGS | 235 |
| <i>Contents: §1. The hearing as long as a mechanism for the traditional implementation of speed in the instance labor proceedings. §2. The old-fashioned regulation of injunctions contained in the Labor Proceedings Act. §3. Comparative Law about labor proceedings speed.</i> | |
| ÍNDICE TÓPICO [TOPIC INDEX] | 239 |
| SITIOS DE INTERNET [WEBSITES] | 247 |

PRÓLOGO

PREFACE

La decisión —en su día, dolorosa— que tomamos de dejar morir nuestro manual de *Derecho del Trabajo*, que había llegado a alcanzar una segunda edición (Netbiblo [A Coruña, 2006]), fue una decisión muy pensada. Nos convenció definitivamente —aparte el interés mostrado por nuestro editor, siempre Netbiblo— la progresiva implantación del «plan de Bolonia», cristalizado en el nuevo Grado en Derecho, y la correlativa extinción de la vieja Licenciatura, que habrán de consumarse en nuestra Universidad de A Coruña el venidero curso académico 2012/2013, afectándonos de lleno toda esta revolución universitaria, precisamente en el curso académico 2011/2012, que está a punto de comenzar. Ante este cambio radical, resultaba evidente la obsolescencia de nuestro manual viejo —cuarenta y tres lecciones, concebidas para ser explicadas con calma a lo largo de bastante más de un cuatrimestre—, y por ello mismo, la imperiosa necesidad de concebir un programa de Derecho del Trabajo y un manual ajustado al mismo completamente nuevos, que calzasen como un guante en la nueva estructuración del Derecho del Trabajo, en nuestra Facultad coruñesa de Derecho (sólo un cuatrimestre y veintiuna horas de docencia expositiva, que nuestros alumnos [cada vez mejores, y más preparados que nunca] tenían derecho a que les explicásemos, siguiendo nuestra costumbre, con calma chicha y disfrutando a lo grande). De ahí este nuevo manual nuestro titulado *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, estructurado en sólo veintiuna lecciones, que comenzaremos a explicar este próximo mes de septiembre. En él, todo nos parece nuevo —especialmente, si lo comparamos con nuestro viejo y fallecido manual—, aunque hemos aprovechado de este último su articulación en tres niveles de conocimiento distintos, marcados tipográficamente por tres tipos distintos de letra (grande, pequeña y pequeñísima), con la novedad —que hemos visto y agradecido, tantas y tantas veces, en obras alemanas— de reemplazar por la **negrita** nuestra vieja cursiva alemana.

El condicionamiento «de Bolonia» resultaba primordial, pero también el de que, en cuanto que profesores universitarios, éramos y seguíamos

siendo juristas-positivistas —en absoluto, filósofos del Derecho—, obligados a relatar nuestras cosas ante un auditorio (para nosotros, privilegiado) de gente veinteañera, como regla, que vive inmersa en la utilización de la informática, y que ve lo que sucede en el mundo que nos rodea (millones y millones de parados, contratos de trabajo «basurientos» y salarios, supuesto que no se trate de «becas», como para no emanciparse del entrañable hogar familiar durante muchos y muchos años, con sindicatos convertidos en centros gigantescos de expedición de certificados de formación, que a lo mejor en algún caso no se ha dado, y con poderes públicos noqueados por «los mercados» y por el «qué dirán» nuestros socios potentes de Alemania y de Francia). De ahí, supuesto que vivimos todos (también los sostenes económicos de nuestro veinteañero auditorio) inmersos en una crisis económica sin precedentes (o con ellos, pero que se remontan al «*crack*» de 1929), y suponiendo, asimismo, que nuestro Derecho del Trabajo tradicional —con sus naturalezas jurídicas, tópicos con hedor a rancio y, sobre todo, mucha y mucha distinción e ilusionismo tecnocráticos— había quedado perplejo ante la magnitud del nuevo «*crack*» (con nombre de banco yanqui) de 2008, nuestra opción decidida por un Derecho «crítico» del Trabajo, que nuestros alumnos pudieran ver como propio y con el que pudieran, además, sentirse de algún modo identificados (y sobre todo, ilusionados). En nuestra opinión, este planteamiento «crítico» había que llevarlo hasta sus últimas consecuencias, reflejándolo incluso en todos y cada uno de los títulos de las diversas lecciones que conforman este nuevo manual (así, en el terreno del Derecho individual, «El contrato de trabajo común u ordinario y sus modalidades más indeseables»; en el del Derecho colectivo, «La válvula de escape representada por los convenios colectivos “extraestatutarios”, especialmente los de ámbito empresarial»; y en el del Derecho procesal, «La desaceleración de la tradicional celeridad de los procesos laborales»).

Evidentemente, la crítica a secas (o crítica puramente negativa) no nos convencía en absoluto, pues aunque la Universidad sea —por su propia naturaleza— conciencia crítica de la sociedad (a ella no vienen nuestros alumnos, como ellos intuyen muy bien, a que les cantemos la tonada consabida), hay que ofrecer soluciones frente a los problemas, aunque las soluciones en cuestión pongan de relieve que el profesor universitario —teórico siempre, en el mejor sentido de la palabra— parezca vivir en las nubes. En nuestro concreto caso, dichas nubes se identificaban con el Derecho comparado del Trabajo, al que venimos dedicándonos con fruición desde la publicación de nuestras *Leyes laborales alemanas*.

Estudio comparado y traducción castellana (Netbiblo [A Coruña, 2007]), por el que seguimos apostando decididamente y en el que creemos —en cuanto que Derecho oxigenante y aportador de soluciones posibilistas—, pues para nosotros poco puede intentar resolverse, si es que sólo se respira la atmósfera enrarecida (impropia del hombre de leyes universitario y, en consecuencia, universal) de lo que en otro lugar llamamos la «endogamia nacional positivista». Lo reflejan todos y cada uno de los veintiún temas que componen este nuevo manual, en los que siempre aparece insertado un «§3», sustentador de la crítica (porque aporta, a su modo, soluciones) que efectuamos, sobre todo en el «§2» de cada tema (así, por proseguir con los ejemplos temáticos antes citados, en el terreno del Derecho individual, «§3. Derecho comunitario y comparado sobre contratos de trabajo temporales»; en el del Derecho colectivo, «§3. La contraposición entre ordenamientos anglosajones y ordenamientos continentales europeos, en materia de forma del convenio colectivo»; y en el del Derecho procesal, «§3. Derecho comparado sobre celeridad procesal laboral»).

Con este planteamiento, resultaba lógico y previsible que tuviésemos que hacer especial hincapié en la utilización de nuestra propia bibliografía (monografías, artículos de revista y nuestro propio manual) de Derecho comparado del Trabajo. Este último manual, titulado *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, sigue vivo (y coleando), habiendo alcanzado ya su segunda edición (Netbiblo [A Coruña, 2010]). En él, encontrará el lector especialmente interesado y motivado bibliografía muy precisa, no sólo la nuestra. Nos parece una herramienta rigurosamente complementaria de este nuevo manual, también desde el punto de vista estrictamente docente. En efecto, es la guía que seguimos en nuestra Facultad coruñesa de Derecho para explicar a nuestros alumnos de posgrado —en tantos y tantos casos, antiguos alumnos nuestros de la vieja Licenciatura en Derecho— los doce créditos ECTS de posgrado que tenemos asignados, y a los que tanto rendimiento académico venimos sacando y esperamos seguir sacando todavía en el futuro, tanto en lo tocante a la «Metodología informática del Derecho comunitario y comparado», a la que se asignan dos de dichos doce créditos, como en lo que se refiere al «Derecho comunitario y comparado del Trabajo y de la Seguridad Social», al que corresponden los diez créditos restantes.

En relación con los recién mencionados *Fundamentos*, este *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law* ha supuesto para nosotros no meramente sólo un paso al frente, sino incluso dar un verdadero salto de gigante, puesto que el nivel de conocimiento primordial (marcado, recuérdese, por la letra grande y su negrita) aparece en él íntegramente redactado asimismo en inglés. En realidad, es la prolongación natural de lo que veníamos haciendo en nuestras clases ordinarias —a lo largo de estos dos últimos cursos académicos— en la Facultad de Derecho, pues el soporte de nuestra docencia es siempre desde entonces un conjunto de *powerpoints*, concebidos al modo como los ingenieros y los médicos redactan sus posters (equivalentes, como se sabe, a las «comunicaciones» que defendemos en nuestros congresos), redactados íntegramente en inglés. Evidentemente, no es nuestra lengua materna, pero nos sentimos muy cómodos manejándonos con ella. Además, nos motiva mucho pensar que el inglés es la lengua franca para moverse con comodidad por el mundo adelante; asimismo, la lengua franca en las Universidades de aquí y de allá, según hemos venido comprobando hace ya más de un lustro en Universidades alemanas, como la de Hamburgo, en donde el uso del inglés por parte de nuestros colegas tudescos —con una personalidad universitaria tan acusada, que les ha llevado incluso a permitirse el lujo de poder «pasar de Bolonia»— resulta moneda corriente y punto de encuentro; e incluso, la lengua extranjera más familiar para nuestros estudiantes, que acceden a nuestras aulas universitarias poseyendo —aunque ellos no lo sepan, porque suelen ser muy tímidos— un *background* muy sólido de inglés, sobre todo leído. Necesitábamos, sin embargo, la tranquilidad de un ambiente totalmente anglófono, en el que poder sumergirnos, al efecto de culminar este ilusionante proyecto, y que hemos encontrado —gracias a la amabilidad de nuestro querido colega de la Universidad de Deusto, Fernando Manrique López— en la Universidad de Georgetown, donde desde finales del recién pasado mes de junio investigamos en la espléndida Biblioteca de su Facultad de Derecho, y en las instalaciones —impresionantes— del Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo, asimismo con sede en Washington DC., donde tan amistosamente nos acogió —gracias a la intermediación del querido colega leonés y Juez de dicho Tribunal, Germán Barreiro González— el Secretario del propio Tribunal, Hernán Sáenz-Jiménez.

Los Autores
Washington DC
Julio de 2011

INTRODUCCIÓN

INTRODUCTION

Tema 1

**LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SU LOCALIZACIÓN
(MEJORABLE EN ESPAÑA) A TRAVÉS DE INTERNET**

Sumario: §1. La disposición adicional octava del Estatuto de los Trabajadores. §2. La localización de la legislación laboral a través del portal del *Boletín Oficial del Estado*. §3. La localización de la jurisprudencia laboral a través del portal del Poder Judicial. §4. La localización de los convenios colectivos a través del sitio en Internet de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. §5. El portal jurídico «EUR-Lex».

§1. En España, el tema de las fuentes normativas del Derecho del Trabajo —que la Constitución española denomina «legislación laboral», calificándola como un asunto de competencia exclusiva del Estado¹— **está marcado por un incumplimiento flagrante del propio Estado, que se remonta al año 1980.** Lo incumplido por el Estado a lo largo de estos últimos treinta años ha sido el mandato contenido en una de las disposiciones extravagantes (más en concreto, **el de la disposición adicional octava) del Estatuto de los Trabajadores, a cuyo tenor el Gobierno central tenía el deber de promulgar («recogerá») un único instrumento normativo («un texto único denominado Código de Trabajo»)**, que recopilase toda la legislación laboral («todas las disposiciones generales laborales», legales y reglamentarias, incluidas las «leyes orgánicas»), manteniendo la recopilación en cuestión permanentemente al día («sucesiva y periódicamente»). El modelo que se tenía a la vista cuando esta disposición extravagante se promulgó, en 1980, era el del Código del Trabajo (*Code du Travail*) francés, que luego se transformó con naturalidad —a partir del año 2002— en un Código electrónico de Derecho constante del Trabajo, accesible cómodamente para todos a través de Internet, gratis desde casa². **El incumplimiento por el Gobierno central español de este deber suyo —aparte la falta de ejemplaridad demostrada por el Estado— ha provocado la consecuencia de que nuestra legislación**

¹ Todo ello, «sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas» (artículo 149, apartado 1, competencia 7ª).

² Sobre el Código francés del Trabajo actualmente vigente, de 2008, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 17-19.

laboral se encuentre actualmente desperdigada en decenas y decenas de Leyes y de reglamentos, muy difíciles de manejar para el ciudadano español común y corriente. **Dentro de este caos normativo** laboral español —tan contrastante con el cosmos normativo laboral francés—, **las normas laborales más trascendentales son tres** —contenidas las tres en otros tantos **Reales Decretos Legislativos**, aprobando los textos refundidos de las Leyes correspondientes—, a saber: 1) el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, que contiene el ya citado **Estatuto de los Trabajadores** en su segunda edición (la primera, como se dijo, se remonta a 1980)³, sin duda la Ley laboral sustantiva española más importante; 2) el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril, que contiene la **Ley de Procedimiento Laboral** (que es la séptima en la serie de nuestras Leyes de Procedimiento Laboral), reguladora de todos los procesos tramitados ante los Tribunales laborales; y 3) el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, que contiene nuestra segunda **Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social** —algo así como una visión «en negativo» del lado positivo representado por el Estatuto de los Trabajadores—, que es la norma represora aplicada por nuestra policía administrativa laboral (esto es, por la Inspección de Trabajo).

El cumplimiento del mandato contenido en la citada disposición adicional octava permitiría afrontar con eficacia el fenómeno de la desasosegante inestabilidad de las fuentes normativas laborales, que padecen modificaciones continuas (en ocasiones, con unas prisas verdaderamente esperpénticas, como cuando se operan antes incluso de haber entrado en vigor la norma modificada)⁴.

A estos efectos, el Real Decreto Legislativo aprobando un texto refundido de normas con rango de ley —de imposible promulgación si las normas refundidas tuviesen el rango de Ley «orgánica»— ha dejado de ser un instrumento normativo útil, puesto que el texto refundido en cuestión comienza a padecer modificaciones inmediatamente después de su promulgación (el que contiene el texto refundido actualmente vigente del Estatuto de los Trabajadores, por ejemplo, ha padecido ya más de treinta enmiendas desde que entró en vigor en 1995).

Junto a los tres Reales Decretos Legislativos citados, posee igualmente importancia capital para un laboralista el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, aprobando el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

§2. La localización y manejo gratuitos de estas tres normas laborales esenciales tiene que realizarla el ciudadano español, en

³ Fue aprobada por la Ley 8/1980, de 10 marzo, de desarrollo del mandato contenido en el artículo 35, apartado 2, de la Constitución («la ley regulará un estatuto de los trabajadores»).

⁴ Le ocurrió, por ejemplo, a la Ley 32/2010, de 5 agosto, parcialmente modificada —durante su período de «vacatio legis»— por la Ley 35/2010, de 17 septiembre, de reforma laboral.

principio, utilizando el sitio en Internet del Boletín Oficial del Estado —que dejó de publicarse en soporte papel el pasado año 2009—, **ubicado en www.boe.es**. En este sitio, se formaliza el modelo español de difusión del Derecho a través de Internet —única manera de dar efectividad real al principio secular de que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»⁵—, aunque **su primitivismo y sus limitaciones resultan evidentes**, especialmente si se compara este modelo español con el servicio público francés de difusión del Derecho a través de Internet, ubicado en www.legifrance.gouv.fr. En efecto, ese portal jurídico nuestro: 1) **carece de índices temáticos**, que permitan hacerse con una visión de conjunto de las principales normas reguladoras de las diversas ramas del Derecho, incluido el Derecho de Trabajo, lo que obliga al ciudadano a manejar otros portales jurídicos distintos (entre los que cabe citar, a nuestros particulares efectos, el del Ministerio español competente en materia de Trabajo, ubicado en www.mtin.es), para poder hacerse con la visión de conjunto de todo lo que tiene el deber de cumplir; 2) **no ofrece todavía «versiones consolidadas» de todas las muy diversas normas jurídicas que almacena**, aunque en el caso de los citados Reales Decretos Legislativos 1/1995, 2/1995 y 5/2000 —trascendentales, recuérdese—, el ciudadano sí tenga a mano allí la versión completamente puesta al día de dichas tres normas, utilizando —en la ficha correspondiente a cada una de tales normas— el enlace «Texto consolidado»; y 3) a diferencia del modelo francés —que permite, sin salirse del sitio, consultar eficazmente todo tipo de decisiones judiciales—, **prescinde de todo lo relativo a la jurisprudencia de nuestros Tribunales**.

El mal denunciado es común a todos los países europeos dotados de legislaciones laborales no codificadas (por ejemplo, Italia, Alemania o Gran Bretaña), aunque siempre resulte posible paliarlo mediante el uso de técnicas informáticas (como paradigmáticamente ocurre, por ejemplo, en el portal para la difusión del Derecho existente en Austria)⁶.

Como suele ser usual en los portales jurídicos que ofrecen «versiones consolidadas» de las normas, en el del *Boletín Oficial del Estado* también se afirma —en relación con cada una de tales versiones— que «este documento es de carácter informativo y no tiene valor jurídico» (dada la siempre posible existencia de errores de composición o de interpretación, o incluso, simplemente de erratas), lo que asimismo resulta predicable —rebajando un poco

⁵ Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs. 3 y ss.

⁶ Sobre él, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Las estructuras normativas del Derecho austriaco del Trabajo y de la Seguridad Social. Estudio comparado con el Derecho alemán», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. III (2011), pág. 90.

el dramatismo de tal afirmación— de absolutamente todos los repertorios de legislación laboral que ponen a la venta, en soporte papel, muy diversas empresas editoriales privadas.

Para compulsar la versión oficial vigente de cualquier norma, tal y como obra publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, resulta de utilidad extrema la entrada «Análisis jurídico» de la ficha correspondiente a cada norma, insertada en la citada base de datos del propio *Boletín*, puesto que ofrece la referencia a todas las disposiciones eventualmente enmendantes de la misma.

§3. Según el citado Real Decreto Legislativo 2/1995, el régimen jurídico de **la jurisprudencia laboral española** es el siguiente: 1) la crean las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos y, por supuesto, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo; 2) una sola decisión de estas Salas constituye verdadera jurisprudencia, supuesta su eficacia por sí sola para «desunificar» la jurisprudencia laboral existente⁷; y 3) **constituye verdadera fuente del Derecho del Trabajo** —parificada, además, a la legislación laboral—, supuesto que siempre cabe recurrir lo decidido por un Tribunal laboral inferior, aduciendo «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia»⁸. En principio, **lo que ofrece el Estado español para conocer las decisiones de estas Salas es el portal jurídico en Internet del Poder Judicial, ubicado en www.poderjudicial.es**⁹. Sin embargo, se trata de un **portal aún más rudimentario**, dotado de buscadores de jurisprudencia tan sumamente defectuosos, que creemos honestamente que no existirá operador jurídico español que se anime a volver a utilizarlo —una vez comprobado, y padecido, cómo funciona y en qué consiste—, y más, teniendo en cuenta que en todas las Facultades de Derecho españolas contamos con el tradicional «*Aranzadi*» —de titularidad privada, pero en su día declarado de utilidad pública—, que ha evolucionado por la vía de una muy sofisticada base de datos electrónica de pago, propiedad hoy de una muy conocida multinacional del sector editorial (a la que en materia jurisprudencial, por cierto, no parece habersele dejado en Francia ningún tipo de hueco para poder operar).

Al respecto, resulta sintomático que el sitio en Internet del Consejo Nacional de Colegios de Abogados de Francia (*Conseil National des Barreaux*) recomiende a sus

⁷ Sobre las Sentencias eventualmente alegables como «de contraste», a efectos del recurso de casación para la unificación de doctrina, véase artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁸ A propósito del recurso de casación ordinaria, véase artículo 205, letra e), de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁹ A través de este mismo portal cabe acceder, por remisión, al del Tribunal Constitucional (ubicado en www.tribunalconstitucional.es), cuyas Sentencias tienen asimismo interés alfa para el laboralista, aun cuando no puedan invocarse como Sentencias «de contraste» ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos del recurso de casación para la unificación de doctrina.

miembros la utilización del servicio público (gratuito, recuérdese) de difusión del Derecho por Internet, calificándolo como «*l'essentiel du droit français*»¹⁰.

Siempre en lo tocante a la difusión pública y gratuita de la jurisprudencia, la situación de Alemania e Italia es todavía más calamitosa que la nuestra para el ciudadano corriente, puesto que los sitios en Internet de los diversos Tribunales Supremos de la Federación alemana (incluidos el Tribunal Federal de Trabajo [*Bundesarbeitsgericht*] y el Tribunal Federal de Seguridad Social [*Bundessozialgericht*]) sólo permiten acceder a sus resoluciones del año corriente y de algunos años anteriores más, mientras que el de la Corte Suprema de Casación italiana sólo da acceso gratuito a la jurisprudencia de dicha Corte correspondiente al año corriente de que se trate¹¹.

Portugal, en cambio, resulta superior en esto a dichos dos grandes países del continente europeo, pues las bases oficiales de datos jurídicos ubicadas en www.dgsi.pt permiten el acceso libre, con muy diversos tipos de buscadores, a las Sentencias (*Acórdãos*) de los principales Tribunales portugueses.

§4. Además de nuestra legislación y de nuestra jurisprudencia, que son fuentes del Derecho generales (esto es, operativas en las diversas ramas del ordenamiento jurídico), **el Derecho del Trabajo cuenta con sus propias fuentes especiales, inexistentes en las otras ramas del Derecho positivo, que son los convenios colectivos.** Su régimen jurídico normativo está contenido en el artículo 37 de la Constitución española (relativo al «derecho a la negociación colectiva laboral»), parcialmente desarrollado por el Título III del Estatuto de los Trabajadores. Su concepto doctrinal más clásico sigue siendo el que dio en 1928 Francesco CARNELUTTI, según el cual «**el convenio colectivo es un híbrido, que tiene el cuerpo del contrato y el alma de la ley** [*il contratto collettivo è un ibrido, che ha il corpo del contratto e l'anima della legge*]»¹². En efecto, el convenio colectivo es un contrato (su «cuerpo»), estipulado —normalmente, para durar sólo un tiempo determinado— por el empresario o sus representantes, de un lado, y por los representantes de los trabajadores, del otro. Pero es, también, un contrato dotado de eficacia normativa (su «alma»), pues se estipula para regular las condiciones reales de trabajo (salario, jornada, permisos, etc.) de los trabajadores individuales, aunque sólo —de ahí también su especialidad, frente a las Leyes y reglamentos del Estado— en un ámbito de aplicación determinado (por ejemplo, una sola empresa o

¹⁰ Al respecto, véase A. ARUFE VARELA, «¿Por qué no se encuentran ni siquiera mencionados en el Estatuto de los Trabajadores los contratos de trabajo comunes y especiales de más rabiosa actualidad?», *Foro Galego*, núm. 195 (2006), págs. 45-46.

¹¹ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs. 48 y ss.

¹² Véase F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, 1ª ed., Cedam (Padua, 1928), pág. 108.

todo un sector). Dada esta eficacia normativa suya, resulta lógico que el Estado también tenga que facilitar de algún modo al ciudadano el conocimiento del contenido de los convenios colectivos. En España, se ocupa de ello el **organismo público denominado Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos**¹³, cuyo sitio en Internet —ubicado en www.mtin.es/es/sec_trabajo/ccncc— permite acceder por remisión, tanto al **texto de los convenios colectivos** de ámbito territorial estatal (vía *Boletín Oficial del Estado*) como al texto de los convenios colectivos de ámbito territorial infraestatal (vía diversos sitios de Internet gestionados por las Comunidades Autónomas).

En este tema, España se adscribe a un modelo publicista de difusión a través de Internet del contenido de los convenios colectivos, al cual cabe adscribir asimismo (lógicamente, con matices) los modelos francés, portugués, italiano y norteamericano¹⁴.

Alemania, en cambio, se ajusta a un modelo de corte confidencialista, pues el Registro Federal de Convenios Colectivos (*Bundestarifregister*) sólo difunde a través de Internet —en el sitio del Ministerio Federal de Trabajo y de Seguridad Social— los datos mínimos para la identificación de cuáles sean los convenios colectivos de eficacia general vigentes en Alemania¹⁵.

Frente a estos modelos, el modelo británico ha de ser calificado de secretista, pues los registros informáticos de convenios colectivos existentes en el Reino Unido son registros de pago, gestionados por entidades de carácter sindical y que sólo permiten una suscripción sindicalizada a los mismos¹⁶.

§5. En fin, formalmente distintas de las fuentes generales (legislación y jurisprudencia) y de las fuentes especiales del Derecho del Trabajo son las fuentes internacionales, caracterizadas porque su ámbito de aplicación es supraestatal y porque el control último de su cumplimiento se encomienda asimismo, como es lógico, a órganos supraestatales. En el Derecho del Trabajo, las fuentes internacionales más tradicionales eran las procedentes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁷, aunque

¹³ Acerca de su heredero y sucesor, véase disposición final segunda del Estatuto de los Trabajadores y disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

¹⁴ Sobre todos estos modelos publicistas y sus variantes, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs. 37 y ss.

¹⁵ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La publicidad del convenio colectivo en el Derecho del Trabajo alemán», *Revista de Derecho Social*, núm. 42 (2008), págs. 183 y ss.

¹⁶ Véase, a propósito del aparentemente más importante de tales registros, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs. 39-40.

¹⁷ Sobre la Carta Social Europea del Consejo de Europa, véase *infra*, Tema 8, §3, y Tema 9, §3.

desde 1974¹⁸ han cobrado una importancia muy superior, **en especial, las fuentes internacionales que manan actualmente de la Unión Europea**, respecto de las que de nuevo vuelve a reproducirse —pero a escala europea— la distinción existente entre fuentes generales legales (por ejemplo, los Reglamentos y Directivas comunitarios de contenido laboral) y jurisprudenciales (señaladamente, las Sentencias de contenido laboral del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), y fuentes especiales del Derecho del Trabajo (genéricamente englobadas bajo el rótulo «diálogo social», que utiliza incluso el Derecho originario de la Unión Europea)¹⁹. Consciente de que el conocimiento del Derecho tiene que poder facilitarse de verdad al ciudadano, **la Unión Europea ha puesto en práctica un sistema muy perfecto —verdadero «top model»— de difusión de su propio Derecho a través de Internet**, ideado para que el ciudadano corriente de cualquiera de los veintisiete Estados miembros tenga al alcance de su mano todas las fuentes reguladoras del mismo, también las laborales, **mediante la utilización del portal jurídico (integral, plurilingüe y de acceso gratuito) «EUR-Lex»²⁰**.

Consciente de la existencia de muy diversos modelos nacionales europeos de difusión del Derecho a través de Internet, la Unión Europea ha pretendido poner un mínimo de orden en el tema, mediante la promulgación de la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 noviembre 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público.

En el sitio en Internet de la Comisión Europea, resulta posible acceder —vía «Políticas y legislación»— a «Prelex», que es la base de datos de los procedimientos interinstitucionales, abriéndose así la posibilidad de manejar, entre otros muchos documentos de gran utilidad, los textos de las «propuestas» y «comunicaciones» de la Comisión dirigidas al Consejo o al Parlamento Europeo.

Las fuentes normativas de la OIT (y en especial, sus Convenios) resultan pública y gratuitamente accesibles con mucho valor añadido en el portal jurídico plurilingüe en Internet de la propia OIT, ubicado en www.ilo.org.

¹⁸ Cfr. la trascendental Resolución del Consejo de 21 enero de dicho año, «relativa a un programa de acción social».

¹⁹ Cfr. artículos 154 y 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²⁰ Sobre sus funcionalidades, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs. 9-11, 28 y 45-46. Téngase en cuenta que los resultados del «diálogo social» europeo constan almacenados en un sitio de Internet propio y específico, gestionado por la Comisión Europea, ubicado en <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=329&langId>.

Lesson 1

*THE SOURCES OF LABOR LAW AND THEIR SEARCH (IMPROVABLE
IN SPAIN) THROUGH INTERNET*

Contents: §1. *The additional schedule number eight of the Workers' Statute.* §2. *The search of labor legislation through the website of the Boletín Oficial del Estado.* §3. *The search of labor case Law through the website of the Judiciary Power.* §4. *The search of collective bargaining agreements through the website of the National Advisory Commission for Collective Bargaining Agreements.* §5. *The legal website «EUR-Lex».*

§1. In Spain, **the subject-matter of the normative sources of Labor Law**—called «labor legislation» by the Spanish Constitution, qualifying it as a matter of the State's exclusive jurisdiction— **is marked by a flagrant violation of the own State, going back to 1980.** What the State has violated along these last thirty years has been the commitment contained in one of the schedules (more exactly, **the one of the additional schedule number eight**) of the **Workers' Statute, according to which the central Government had the duty to enact** («it will gather») **a single normative instrument** («a unique text called **Labor Code**»), compiling the whole labor legislation («all general labor provisions», statutory and regulatory, including the «organic Acts»), and maintaining permanently updated such compilation («successively and periodically»). The model in sight when this schedule was enacted, in 1980, was the French Labor Code (*Code du Travail*), then naturally transformed—since 2002—in an electronic Code of constant Labor Law, comfortably accessible to everyone through Internet, toll-free from home. **The violation of this duty by the Spanish central Government**—apart from the lack of exemplarity evidenced by the State— **has provoked the outcome that our labor legislation is nowadays dispersed** in dozens and dozens of Acts and Regulations, which are very difficult to handle for the ordinary Spanish citizen. **Inside this Spanish labor normative chaos**—so contrasting with the French labor normative cosmos—, **the most significant labor norms are three**—the three ones contained in their corresponding **Royal Legislative Decrees**, passing the combined texts of their corresponding Acts—, that is: (1) the Royal Legislative Decree No. 1/1995, of March 24th, which contains the above cited **Workers' Statute** in its second edition (the first one, as we

have already said, goes back to 1980), which is without any doubt the most important Spanish substantive labor Act; (2) the Royal Legislative Decree No. 2/1995, of April 7th, which contains the **Labor Proceedings Act** (the seventh one in the series of our Labor Proceedings Acts), ruling the whole proceedings carried out before labor Courts; and (3) the Royal Legislative Decree No. 5/2000, of August 4th, which contains our second **Act about Offences and Penalties in the Social Order**—something like an «in negative» sight of the positive side represented by the Workers' Statute—, which is the repressive norm applied by our administrative labor police (that is, the Labor Inspection).

§2. The toll-free search and handling of these three essential labor norms has to be performed by the Spanish citizen, in principle, using the Internet site of the *Boletín Oficial del Estado*—which last year 2009 stopped being published in paper support—, located in www.boe.es. In this site, the Spanish model of diffusion of the Law through Internet—the unique way to give true effectivity to the traditional principle relating to that «ignorance of the Law is no excuse»— is embodied, although **its primitivism and its limitations are evident**, specially if compared this Spanish model with the French public service of diffusion of the Law through Internet, located in www.legifrance.gouv.fr. Indeed, our legal website: (1) **is lacking of topic indexes**, which allow to have a general overview of the main norms ruling the several branches of Law, including Labor Law, what forces the citizen to handle another different legal websites (among them, must be cited, to our particular effects, the one of the Spanish Ministry competent in the subject-matter of Labor Law, located in www.mtin.es), to have a general overview relating to everything he must fulfil; (2) **does not yet offer «consolidated versions» of the several legal norms it stores**, although in the case of the above cited Royal Legislative Decrees Nos. 1/1995, 2/1995, and 5/2000—very significant, let us remember—, the citizen has at hand the fully updated version of such three norms, using—in the corresponding card of such three norms—the link «consolidated Text»; and (3) unlike the French model—which allows to efficiently look up in every kind of judicial decisions, without leaving the site—, **does without everything relating to the case Law of our Courts.**

§3. According to the above cited Royal Legislative Decree No. 2/1995, the legal regime of the **Spanish labor case Law** is the following one: (1) it

is created by the Social Chambers of the Autonomous Superior Courts of Justice and, of course, by the Social Chamber of the Supreme Court; (2) only one decision of these Chambers is true case Law, supposing its self-efficacy to «disunify» the existent labor case Law; and (3) **it is a true source of Labor Law** —parified to labor legislation too—, supposing that it is always possible to appeal what has been decided by a lower Labor Court, alleging «violation of the norms of the legal order or of the case Law». In principle, **what is offered by the Spanish State in order to know the decisions of these Chambers is the legal website of the Judiciary Power, located in www.poderjudicial.es**. However, it is a **still more rudimentary site**, because it has such a very defective searchers, that we honestly believe that there no exist any Spanish legal operator willing to handle it back —once verified, and suffered, how it works and what it consists of—, and more, bearing in mind that the whole Spanish Schools of Law have the traditional «*Aranzadi*» —private owned, but long ago declared of public utility—, which has evolved by the way of a very sophisticated non toll-free electronic database, today owned by a very known multinational enterprise of the editorial branch (by the way, this multinational does not appear to have in France any ground to play in the subject-matter of case Law).

§4. Apart from our legislation and our case Law, which are general sources of Law (that is, working in the several branches of the legal order), **Labor Law has its own special sources, non existent in the other branches of positive Law, which are the collective bargaining agreements**. Their legal normative regime is contained in article 37 of the Spanish Constitution (relating to the «right to labor collective bargaining»), partially developed by Title III of the Workers' Statute. Its most classical doctrinal concept is still the one given in 1928 by Francesco CARNELUTTI, according to which «**the collective bargaining agreement is a hybrid, which has the body of the contract and the soul of the Law** [*il contratto collettivo è un ibrido, che ha il corpo del contratto e l'anima della legge*]». Indeed, the collective bargaining agreement is a contract (its «body»), entered into —normally, for only a fixed-term— by the employer or his representatives, on the one side, and by the workers' representatives, on the other side. But it is also a contract provided with normative efficacy (its «soul»), because it is entered into to rule the true conditions of employment (wages, hours of work, leaves of absence, and so on) of the individual workers, although

only—hence its speciality, too, in front of the Acts and Regulations of the State—in a determined scope (for example, only one enterprise or a full branch). Given its normative efficacy, it is logical that the State ought to make easy to the citizen the knowledge of the contents of the collective bargaining agreements. In Spain, **the website of the public body called National Advisory Commission for Collective Bargaining Agreements—located in www.mtin.es/es/sec_trabajo/ccncc— allows to enter by redirection to the text of the collective bargaining agreements** with a Statewide geographic scope (through the *Boletín Oficial del Estado*), as well as to the text of the collective bargaining agreements with an understate geographic scope (through a number of websites managed by the Autonomous Communities).

§5. Anyway, **the International sources are formally different from the general sources (legislation and case Law) and from the special sources of Labor Law**, and they are singular because their scope is an overstate one, and because the final control of their implementation is entrusted as well, as it is logical, to overstate bodies. In Labor Law, the most traditional International sources were the ones coming from the International Labor Organization (ILO), although since 1974 **the International sources flowing nowadays from the European Union** have specially gained a most superior weight, existing here again—but at a European level—the distinction between general statutory sources (for example, Community Regulations and Directives with a labor content) and case Law sources (namely, the Opinions with a labor content of the Court of Justice of the European Union), and special sources of Labor law (generally included under the headline «social dialogue», which is even used by the constitutional Law of the European Union). Beware that the knowledge of Law has to be truly made easy to the citizen, **the European Union has implemented a very perfect system—a true «top model» one— of diffusion of its own Law through Internet**, conceived with the aim that the ordinary citizen of each one of the twenty-seven member States has at hand all the sources ruling it, and also the labor ones, **by means of the handling of the (integral, plurilingual, and toll-free) legal website called «EUR-Lex».**

Tema 2

**LOS PRINCIPIOS TRADICIONALES DEL DERECHO
DEL TRABAJO Y SU NEUTRALIZACIÓN POR NUEVOS
PRINCIPIOS ECONOMICISTAS**

Sumario: §1. El principio de favorecimiento del trabajador. §2. Las dos principales vías de intromisión de los nuevos principios economicistas. §3. Derecho comparado y comunitario sobre el principio de favorecimiento del trabajador.

§1. Los principios del Derecho del Trabajo son mecanismos de ayuda, para poder moverse con comodidad en el complicado entramado de fuentes del Derecho del Trabajo. Su finalidad principal es la de determinar cuál sea la regla laboral genérica (legal, reglamentaria, convencional, contractual) aplicable a un concreto trabajador. Por ello, son principios **dirigidos sobre todo al Juez**, a diferencia de lo que ocurre con los principios de la «Política Social» (como los de tendencia al pleno empleo, suficiencia del salario, estabilidad en el empleo, etc.), que deben orientar, en cambio, la acción de los poderes legislativo y ejecutivo¹. Aparecen **regulados en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores**, que sólo menciona por su nombre el «principio de jerarquía normativa»². **El más importante de todos ellos** —porque de algún modo engloba los demás— **es el que puede denominarse principio de favorecimiento del trabajador**, construido sobre tres presupuestos básicos, **dado que**: 1) las fuentes reguladoras de las condiciones de trabajo poseen tres rangos jerárquicos principales, correspondiendo el primero a las disposiciones normativas del Estado, el segundo a los convenios colectivos y el tercero a los contratos de trabajo³; 2) **las fuentes de rango jerárquico superior (esto es, las disposiciones normativas del Estado respecto de los**

¹ Al respecto, véase sobre todo el Capítulo III del Título I de la Constitución, cuya rúbrica es «De los *principios* rectores de la *política social* y económica».

² Cfr. su apartado 2. Se refieren genéricamente a «los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria» el artículo 86ter, apartado 1, número 2º, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, y el artículo 8, número 2º, de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal.

³ Existe un cuarto rango, secundario, en el que se ubican «los usos y costumbres locales y profesionales», que sólo se aplican «en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa» (artículo 3, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores). Sobre los cuatro rangos y su jerarquización, véase artículo 3, apartado 1, del propio Estatuto de los Trabajadores.

convenios colectivos, y ambos tipos de fuentes respecto de los contratos de trabajo) establecen condiciones de trabajo mínimas, en un doble sentido: a) no pueden ser empeoradas por las fuentes de rango inferior —so pena de nulidad de las mismas—, lo que ocurriría si se estableciesen en ellas «en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias»⁴; y b) en cambio, **pueden ser mejoradas por las fuentes de rango inferior**, hablándose entonces de mejoras colectivas o individuales, según que hayan sido establecidas por los convenios colectivos o los contratos de trabajo; y 3) **supuesto que se haya producido la mejora, los Tribunales laborales aplicarán siempre al caso concreto la fuente de rango inferior, precisamente porque se trata de la fuente «más favorable para el trabajador»**⁵.

La regulación que el artículo 3, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores efectúa del principio de irrenunciabilidad de los derechos tiene carácter redundante, respecto del contenido del artículo 3, apartado 1, letra c), del propio Estatuto de los Trabajadores, aunque la redundancia resulte relativamente explicable por causa del carácter tradicional de tal principio, que fue tempranamente reconocido por nuestra legislación obrera ya en 1900⁶, y por tanto, antes de la regulación en España del fenómeno de la negociación colectiva.

El principio de la comparación de normas en conjunto supone contemplar el principio de favorecimiento del trabajador desde una perspectiva horizontal (esto es, respecto de fuentes que poseen el mismo rango). Juega sobre todo para determinar qué concreto convenio colectivo resulta aplicable al trabajador, supuesto que pudiesen llegar a aplicársele dos o más convenios colectivos distintos⁷. En este caso —según el artículo 3, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores—, para determinar cuál de ellos resulta «más favorable para el trabajador», debe efectuarse una comparación de los convenios «en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables», impidiéndose así el denominado «espiguelo» de normas (esto es, que el trabajador seleccione aisladamente lo que más le convenga de cada uno de los convenios colectivos comparables e incompatibles)⁸.

⁴ Esta expresión, en el artículo 3, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores. La nulidad citada no requiere de ninguna declaración formal específica —aunque siempre resulte posible (cfr. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 10 noviembre 1986 [*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1986/6647])—, pues los Tribunales laborales son competentes para inaplicar en el concreto caso enjuiciado la concreta fuente inferior, en su parte violadora de la de rango superior. Respecto de los reglamentos violadores de leyes, véase artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial; respecto de convenios colectivos violadores de disposiciones normativas del Estado, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 febrero 2002 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2002/3782), fallada en casación ordinaria; y respecto de los contratos de trabajo violadores de disposiciones legales o convencionales, véase artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores.

⁵ Esta expresión, en el artículo 3, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores.

⁶ Según la Ley de accidentes de trabajo de 30 enero de dicho año, «serán nulos y sin valor toda renuncia a los beneficios de la presente Ley, y, en general, todo pacto contrario a sus disposiciones» (artículo 19).

⁷ Según una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 febrero 2003 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2003/3372), fallada en casación ordinaria, ha de tratarse necesariamente de convenios colectivos estatutarios, pues los «extraestatutarios» poseen a estos efectos el mismo rango jerárquico que el contrato individual de trabajo.

⁸ La expresión resulta usual en la jurisprudencia, hablándose al respecto de aplicar el convenio «más favorable en su conjunto», ya que «no puede espigarse de un convenio el salario, de otro las vacaciones, de otro la jornada, etc.» (cfr., por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 junio 1994 [*Aranzadi WESTLAW*, referencia AS 1994/2679]).

En cambio, el principio de absorción y compensación supone contemplar el principio de favorecimiento del trabajador desde una perspectiva dinámica. Juega cuando las fuentes de rango superior se modifican —mejorando los mínimos que establecían—, en cuyo caso las fuentes subordinadas a ellas no resultan automáticamente modificadas (no se opera, por tanto, ninguna modificación en cadena), salvo que las condiciones de trabajo establecidas por las fuentes de rango inferior queden por debajo de los nuevos mínimos fijados por las fuentes de rango superior. Lo positiviza —a propósito de los salarios, respecto de los que la movilidad de sus fuentes reguladoras es grande— el artículo 26, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores, según el cual «operará la compensación y absorción [esto es, la neutralización de las nuevas mejoras salariales] cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y en cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia»⁹.

§2. En la actualidad, el principal problema que deben encarar los principios del Derecho del Trabajo —y especialmente, el principio crucial de favorecimiento del trabajador— es el del impacto sobre ellos de principios economicistas (eufemísticamente denominados de adaptabilidad, flexibilidad, competitividad, etc.), que pretenden llevar a cabo una revolución en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo. En España, se trata de un proceso cristalizado sobre todo en las grandes reformas de nuestra legislación laboral operadas en 1994. Las técnicas ultraliberales utilizadas para que prevalezcan en la práctica estos nuevos principios economicistas vienen a ser, en lo esencial, dos complementarias.

La exposición de motivos de la Ley 11/1994, de 19 mayo, constituye un compendio perfecto de toda esta nueva filosofía economicista. En ella, se califica el Derecho del Trabajo como la «normativa reguladora de las principales instituciones del *mercado de trabajo*» (dando por supuesto, en consecuencia, que el trabajo sólo es una mercancía)¹⁰. Y además, que el Derecho del Trabajo —en cuanto que «esquema de garantías para los trabajadores»— corría el riesgo de convertirse en «una regulación puramente formal»¹¹, si es que no se encaraba «el objetivo de la *adaptabilidad* y la *flexibilidad* en las relaciones laborales» y, también, el de «garantizar los elementos básicos de *competitividad* de una empresa»¹², única manera —al parecer— de hacer frente a la «progresiva internacionalización de la economía,

⁹ Dada la frecuencia de este supuesto de hecho, se explica que el artículo 27, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores también afirme que «la revisión del salario mínimo interprofesional no afectará ni a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando éstos, en su conjunto y en cómputo anual, fueran superiores a aquél». La jurisprudencia laboral describe gráficamente el juego de este principio afirmando lo siguiente: «el incremento del salario mínimo interprofesional es absorbido, y por lo tanto no acrece, el salario superior que percibiera ya un trabajador en base a lo previsto en el convenio colectivo o pacto regulador de sus condiciones de trabajo, y, por lo mismo, el incremento salarial previsto en un convenio colectivo es absorbido y queda neutralizado por el salario mayor que ya percibiera el trabajador afectado como consecuencia de gozar de un acuerdo particular entre él y su empresario» (cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 febrero 2000 [*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2000/2249], fallada en casación para la unificación de doctrina).

¹⁰ Cfr. apartado 5.

¹¹ Cfr. apartado 2.

¹² Cfr. apartado 3.

expresada en fenómenos como el acceso al mercado y a la competencia mundial de países hasta entonces alejados del escenario económico, las exigencias de convergencia económica en el contexto europeo, la aceleración del proceso de innovación tecnológica, o los efectos de las fases bajas del ciclo económico»¹³.

En primer lugar, la desregulación laboral¹⁴. En su versión de intensidad media, se refiere al hecho de que las normas legales dejan de regular una concreta materia, pretendiendo que los convenios colectivos cubran el vacío dejado por ellas. **Su impacto negativo sobre el principio de favorecimiento del trabajador es claro, pues se eliminan condiciones de trabajo mínimas fijadas por las fuentes de primer rango jerárquico** (esto es, por las Leyes y reglamentos), con la consecuencia de que los convenios colectivos pasan a disponer de un margen mayor para regular las condiciones de trabajo, eventualmente incluso —si se compara la nueva regulación convencional con la existente antes de crearse el vacío legal— en perjuicio del trabajador.

Ejemplo sangrante de esto último lo representa la nueva regla general del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores —en la redacción que se le dio en 1994—, relativa a que el período de prueba se sujetará «a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los Convenios Colectivos», lo que ha provocado que muchos convenios colectivos —según detecta la jurisprudencia— pasen a establecer (en perjuicio del trabajador, supuesto que la prueba implica siempre sujeción a despido libre) períodos de prueba más largos que los que originariamente, desde 1980, señalaba dicho precepto legal¹⁵.

La versión menos extremosa —pero igualmente devastadora para el trabajador— de la desregulación laboral está representada por la autorización legal para promediar las condiciones mínimas de trabajo, como ocurre actualmente en materia de jornada (esto es, para la «distribución irregular de la jornada a lo largo del año»), con la consecuencia de que ya sólo quepa hablar de jornada máxima anual, pero no de jornadas máximas diarias o semanales¹⁶.

La versión más extremosa de la desregulación laboral la encarna la «auto-regulación» de las condiciones de trabajo, y especialmente, la llevada a cabo por el empresario (mediante códigos unilaterales de conducta). Es una vía abierta por el denominado «*soft Law*» (o «Derecho blando»), caracterizado —frente al Derecho tradicional, «Derecho duro» o «*hard Law*»— por su falta de imperatividad y de exigibilidad jurídicas. Sobre el tema, está de moda la denominada «responsabilidad social de las empresas» —que el Derecho de la Unión Europea pretende potenciar—, orientada a la realización de supuestas prácticas empresariales «dignas de crédito y transparentes» (relacionadas con su actuación en lo «económico, social y medioambiental»), pero de «naturaleza voluntaria», dado que dicha

¹³ Cfr. apartado 1.

¹⁴ En la exposición de motivos de la citada Ley 11/1994, se aludía eufemísticamente al fenómeno, afirmando que «no cabe plantear una fórmula puramente desreguladora en el terreno laboral» (apartado 2, párrafo primero), sino un «proceso de cesión de la norma estatal en favor de la convencional» (apartado 4, párrafo tercero).

¹⁵ Al respecto, véase *infra*, Tema 5, §1.

¹⁶ Al respecto, véase *infra*, Tema 7, §2.

responsabilidad «constituye un comportamiento por parte de las empresas que supera las obligaciones legales de éstas»¹⁷.

En segundo lugar, supuesto que el convenio colectivo tiene un contenido normativo (que es donde el convenio fija las condiciones mínimas de trabajo), **precarizando el contenido normativo de los convenios colectivos**¹⁸, **mediante la apertura de tres puertas**: 1) respecto de cualquier convenio colectivo (empresarial o sectorial), abriendo la puerta a la **posibilidad de renovación total**, al permitir que el nuevo convenio (o convenio renovador) pueda disponer a su antojo de los derechos regulados en el convenio viejo (o convenio renovado)¹⁹; 2) respecto de los convenios sectoriales, abriendo la puerta —durante su vigencia— a que pueda operarse el **empeoramiento** de su contenido normativo en empresas concretas, bien por la vía de descuelgues parciales (por ejemplo, sólo en salarios, para empeorarlos), bien por la vía de descuelgues totales (mediante la negociación de un convenio colectivo de empresa, peor que el sectorial)²⁰; y 3) respecto de cualquier convenio colectivo (empresarial o sectorial), abriendo la puerta a la **imposibilidad de renovación**²¹, de manera que a los trabajadores cubiertos por un convenio colectivo no renovado (técnicamente hablando, convenio colectivo «no ultractivo») pasarían a aplicárseles condiciones de trabajo mínimas fijadas por las fuentes de primer rango jerárquico (recuérdese, Leyes y reglamentos), si es que existen.

Una especialmente injusta Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, constituida en Sala General, de 16 julio 2003²², fallada en casación para la unificación de doctrina, confirma que el convenio renovador puede eliminar incluso verdaderos «derechos adquiridos» al amparo de un convenio colectivo renovado, como los complementos de pensión de que pacíficamente venían disfrutando trabajadores ya jubilados cuando se produjo la renovación en cuestión²³.

¹⁷ Todas estas afirmaciones, en una Resolución del Consejo de la Unión Europea de 6 febrero 2003. Sobre «Derecho blando», desde la perspectiva del género, véase A. ARUFE VARELA, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 43 y ss.

¹⁸ Sobre dicho contenido, desde una perspectiva histórica y comparatista, véase A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo*, Civitas (A Coruña, 2000), págs. 24 y ss.

¹⁹ Según el artículo 82, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, «el Convenio Colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél», teniendo en cuenta que «en dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo Convenio».

²⁰ Acerca de todo ello, véase *infra*, Tema 16, §2.

²¹ Supuesto que se estipule el pacto autorizado por el artículo 86, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores.

²² *Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2003/7256.

²³ Criticándola, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Un análisis comparado de la protección de los derechos adquiridos, en materia de seguridad social complementaria, en los ordenamientos jurídicos de España, de los Estados Unidos de Norteamérica y de la Unión Europea», en el volumen *Estudios Jurídicos em Homenagem ao Professor António Motta Veiga*, Almedina (Coimbra, 2007), págs. 523 y ss.

§3. En el plano del Derecho comparado, **el principio tradicional de favorecimiento del trabajador también aparece positivizado en países de nuestro entorno más próximo**, como es el caso de Francia («*principe de faveur*»)²⁴, Alemania («*Günstigkeitsprinzip*»)²⁵, Portugal («*princípio do tratamento mais favorável*»)²⁶ e Italia («*principio del “favor lavoratoris”*»)²⁷. Puede afirmarse que **se trata incluso de un principio común europeo, al aparecer regulado en la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 1996, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional**, en la que se sienta la regla —respecto de estos trabajadores temporalmente desplazados de un Estado a otro de la Unión Europea— de la comparación entre la legislación laboral del lugar de realización del trabajo y la legislación laboral del lugar de celebración del contrato de trabajo, con la finalidad de lograr «la aplicación de condiciones de empleo y de trabajo más favorables para los trabajadores»²⁸. **De momento, resiste las tensiones economicistas que soporta, al haberse frustrado el intento de imponer** —a través de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (popularmente conocida como «Directiva Bolkestein») — **la aplicación a los trabajadores desplazados, en todo caso, de la legislación del lugar de celebración de su contrato de trabajo (o cláusula del país de origen)**, y por tanto, aunque se tratase de una legislación menos favorable para el trabajador.

La Directiva 96/71/CE considera «condiciones de empleo y de trabajo», entre otras, «los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso» y «las cuantías del salario mínimo»²⁹.

Pero, según ella, resulta imprescindible —respecto del Estado donde se efectúe el trabajo— que estas condiciones aparezcan fijadas en «disposiciones legales, reglamentarias

²⁴ Cfr. artículos L. 2251-1 y L. 2254-1 del Código del Trabajo (*Code du Travail*) de 2008, y Sentencias de la Sala de lo Social de la Corte de Casación de 17 julio 1996 (recurso 95-41745) y de 19 diciembre 2007 (recurso 06-42287).

²⁵ Cfr. parágrafo 4, apartado 3, de la Ley del Convenio Colectivo (*Tarifvertragsgesetz*) de 1949 y Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 20 abril 1999 (referencia 1 ABR 72/98). Tanto esta Ley como este caso constan respectiva e íntegramente traducidos al castellano, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 168 y ss.; y en U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 301 y ss.

²⁶ Cfr. artículo 3 del Código del Trabajo (*Código do Trabalho*) de 2009.

²⁷ Cfr. artículo 2077 del Código Civil (*Codice Civile*) de 1942, Sentencia de la Corte Constitucional núm. 400 de 1993 y Auto de la Corte Constitucional núm. 434 de 2005.

²⁸ Cfr. su artículo 3, apartado 7.

²⁹ Cfr. su artículo 3, apartado 1, párrafo primero.

o administrativas», o también, en «convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general»³⁰.

Por eso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha visto obligado a declarar que una empresa letona, temporalmente desplazada a Suecia para realizar una obra de construcción, debe pagar a sus trabajadores precisamente los salarios vigentes en Letonia —a pesar de ser muy inferiores a los usualmente pagados en Suecia—, pues en este último país no existe ni salario mínimo legal ni salarios mínimos establecidos en convenios colectivos de eficacia general³¹.

³⁰ *Ibidem*. Se entiende por tales, según el artículo 3, apartado 8, «aquellos convenios colectivos o laudos arbitrales que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos».

³¹ Cfr. su Sentencia de 18 diciembre 2007 (Asunto C-341/05), popularmente conocida como «caso Laval».

Lesson 2

*THE TRADITIONAL PRINCIPLES OF LABOR LAW AND THEIR
NEUTRALIZATION BY NEW ECONOMIC PRINCIPLES*

Contents: §1. *The principle of the most favorable treatment of the worker.* §2. *The two main ways for interference of the new economic principles.* §3. *Comparative and Community Law about the principle of the most favorable treatment of the worker.*

§1. **The principles of Labor Law are helping mechanisms**, to comfortably walk around the complicated net of sources of Labor Law. Their main purpose is to determine which is the generic labor rule (statutory, regulatory, conventional, contractual) applicable to an individual worker. Therefore, they are principles **above all directed to Courts**, in contrast to the principles of the «Social Policy» (like the ones of full employment trend, sufficiency of the salary, stability in employment, and so on), which must guide, on the other hand, the action of legislature and executive powers. They are **ruled in section 3 of the Workers' Statute**, which only expressly mentions the «principle of normative hierarchy». **The most important of all of them** —because it embraces in some way the others— **is the one to be called principle of the most favorable treatment of the worker**, which is built on three basic ideas, **because**: (1) the sources ruling the conditions of employment have three main hierarchycal ranks, corresponding the first to the normative provisions of the State, the second to the collective bargaining agreements, and the third to the contracts of employment; (2) **the top ranking sources (that is, the normative provisions of the State with regard to the collective bargaining agreements, and both kinds of sources with regard to the contracts of employment)** set minimum conditions of employment, in a double sense: (a) they can not be made worse by the lower ranking sources —under penalty of nullifying them—, what occurs if they set «against the worker less favorable or contrary conditions»; and (b) on the other hand, **they can be improved by the lower ranking sources**, what allows to speak here about individual or collective improvements, depending on their setting by the collective bargaining agreements or the contracts of employment; and (3) **supposing that improvement, labor Courts will**

always apply in the case the lower ranking source, just because it is the «most favorable for the worker» source.

§2. Nowadays, the main problem faced by the principles of Labor Law —and specially, the crucial principle of the most favorable treatment of the worker— is the impact on them of a number of economic principles (euphemistically called principles of adaptability, flexibility, competitiveness, and so on), pretending the implementation of a revolution in the system of sources of Labor Law. In Spain, it is a process cristalized above all in the great reforms of our labor legislation occurred in 1994. The ultraliberal techniques used for the practical prevailing of those new economic principles are, in short, two complementary ones.

Firstly, the labor deregulation. In its medium intensity version, it refers to the fact that the statutory norms fail to rule a specific subject-matter, pretending that the collective bargaining agreements fill the lack left by them. **Its negative impact on the principle of the most favorable treatment of the worker is clear, since it eliminates some minimum conditions of employment stated by the first hierarchical ranking sources** (that is, by Acts and Regulations), with the outcome that the collective bargaining agreements have a bigger margin to rule the conditions of employment, eventually —if compared the new conventional regulation with the existing before the creation of the legal lack— against the worker.

Secondly, and supposing that the collective bargaining agreement has a normative content (which is where the agreement states the minimum conditions of employment), **making precarious the normative content of the collective bargaining agreement, by means of the opening of three doors:** (1) regarding any kind of collective bargaining agreement (enterprise or sectorial), opening the door to the **possibility of its total renewal**, in allowing that the new agreement (or renewaler agreement) can dispose at its will of the rights ruled in the old agreement (or renewed agreement); (2) regarding to the sectorial agreements, opening the door —during their term— to a possible **making worse** of their normative content in specific enterprises, either by the way of partial opt-outs (for example, only in the wages, to make them worse), or by the way of total opt-outs (by means of the negotiation of an enterprise collective bargaining agreement, worse than the sectorial one); and (3) regarding any kind of collective bargaining agreement (enterprise or sectorial), opening

the door to the **impossibility of renewal**, so that the workers covered by a non renewed collective bargaining agreement (technically speaking, a «non ultractive» collective bargaining agreement) will remain under minimum conditions of employment stated by the first hierarchical rank sources (let us remember, Acts and Regulations), if they exist.

§3. At the level of Comparative Law, **the traditional principle of the most favorable treatment of the worker also becomes positive Law in a number of countries surrounding us**, as in the case of France («*principe de faveur*»), Germany («*Günstigkeitsprinzip*»), Portugal («*princípio do tratamento mais favorável*»), and Italy («*principio del "favor lavoratoris"*»). It can be said that **it is even a European common principle, since it is ruled in the Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council, of December 16th, 1996, concerning the posting of workers in the framework of the provision of services**, in which—regarding these temporary posted workers from a State to another of the European Union—the comparison between the labor legislation of the place of rendering the work and the labor legislation of the place of celebration of the contract of employment is ruled, with the purpose to achieve the «application of terms and conditions of employment which are more favourable to workers». **At this moment, it resists the economic tensions it suffers, because of the failure of the intent to impose**—by means of the Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council, of December 12th, 2006, on services in the internal market (popularly known as «Bolkenstein Directive») — **the application to posted workers, in any case, of the legislation of the place of celebration of their contract of employment** (or origin country clause), and therefore, even when it was a less favorable legislation to the worker.

Tema 3

**LA DIFUMINACIÓN DE LAS FRONTERAS DEL ÁMBITO
SUBJETIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO**

Sumario: §1. El trabajo asalariado, subordinado o dependiente y sus fuentes delimitadoras. §2. La intromisión del híbrido denominado «trabajador autónomo económicamente dependiente». §3. Derecho comparado sobre trabajadores equivalentes a nuestro «trabajador autónomo económicamente dependiente».

§1. El Derecho del Trabajo no regula cualquier tipo de trabajo humano, sino sólo el que originariamente se llamaba trabajo «asalariado»¹, que es el trabajo que luego acabó denominándose —durante buena parte del siglo XX— **trabajo subordinado o trabajo «dependiente»². El Estatuto de los Trabajadores ya no utiliza hoy la expresión tradicional trabajo «dependiente» (o prestado «bajo la dependencia» de otro)³, pero pretende delimitarlo de dos modos distintos. En primer lugar, procediendo a su definición positiva, mediante la afirmación —en su artículo 1, apartado 1— de que quienes lo realizan son «los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». En segundo lugar —pero ahora de un modo negativo o por exclusión—, indicando qué concretos tipos de trabajo humano no quedan comprendidos en esa definición abstracta previa. Al efecto, el Estatuto de los Trabajadores procede a describir estos trabajos excluidos de su ámbito de aplicación, de un lado, en su artículo 1, apartado 3 [que menciona siete de ellos, correlativamente ordenados por letras, de la a) a la g)]; y de otro lado, en su disposición final primera (referida a la exclusión del trabajo autónomo o por cuenta propia). Se trata de ocho exclusiones que confirman —colocadas en una secuencia lógica— que el trabajo humano comprendido en el ámbito del Derecho del**

¹ Cfr. artículos 1586 y 1587 del Código Civil.

² Cfr. artículo 2, párrafo primero, de la Ley republicana de Contrato de Trabajo de 1931; artículo 2, párrafo primero, de la Ley franquista de Contrato de Trabajo de 1944; y artículo 1.1 de la Ley 16/1976, de 21 abril, de Relaciones Laborales.

³ Acerca de la «dependencia» en nuestra jurisprudencia histórica, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La potestad patronal de mando sobre el testigo dependiente», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 27 (1986), págs. 365 y ss.

Trabajo es un trabajo voluntariamente prestado por cuenta ajena, en virtud de un contrato, que es un contrato de Derecho privado, pero no regulado por el Derecho Civil o el Derecho Mercantil. **El principal problema planteado por estas exclusiones es el de la distinción entre el trabajo «dependiente» y el trabajo autónomo o por cuenta propia** (y por tanto, el de quiénes son o no las personas comprendidas en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo).

Desarrollando la secuencia lógica citada, cabe afirmar que precisamente porque el trabajo «dependiente» es un trabajo *voluntariamente prestado*, el artículo 1, apartado 3, letra b), del Estatuto de los Trabajadores excluye «las prestaciones personales obligatorias»⁴; porque es un trabajo voluntariamente prestado *por cuenta ajena*, el artículo 1, apartado 3, letra e), del Estatuto de los Trabajadores excluye los «trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo»⁵; porque es un trabajo voluntariamente prestado por cuenta ajena, *en virtud de un contrato*, el artículo 1, apartado 3, letra d), del Estatuto de los Trabajadores excluye «los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad»⁶; porque es un trabajo voluntariamente prestado por cuenta ajena, *en virtud de un contrato, que es un contrato de Derecho privado*, el artículo 1, apartado 3, letra a), del Estatuto de los Trabajadores excluye el trabajo funcionarial y asimilado, prestado en régimen de Derecho público⁷; y porque es un trabajo voluntariamente prestado por cuenta ajena, *en virtud de un contrato, que es un contrato de Derecho privado, no regulado por el Derecho Civil o Mercantil*, la disposición final primera del Estatuto de los Trabajadores excluye el trabajo autónomo o por cuenta propia⁸, algunas de cuyas concretas especies aparecen mencionadas —siempre en el artículo 1, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores— en sus letras c) [consejeros de sociedades, en cuanto que representantes necesarios de las mismas], f) [representantes de comercio actuantes en nombre propio] y g) [transportistas autónomos].

⁴ Entre las que se incluyen, por ejemplo, los «trabajos de colaboración social» (definidos en el artículo 213, apartado 3, de la Ley General de la Seguridad Social) o la pena de «trabajos en beneficio de la comunidad» (cfr. Real Decreto 782/2001, de 6 julio).

⁵ Este precepto del Estatuto de los Trabajadores ha sido profundamente tocado por el Estatuto del Trabajo Autónomo, del que se habla *infra*, §3, de acuerdo con el cual «los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de treinta años, aunque convivan con él», teniendo en cuenta que «en este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo» (cfr. su disposición adicional décima).

⁶ El molde de Derecho común en que encaja esta exclusión es el de la «gestión de negocios *ajenos*» de los artículos 1888 y siguientes del Código Civil, que en todo caso se realiza «sin convenio» y, eventualmente, «por oficio de piedad» (artículo 1894).

⁷ El tenor de este precepto (que menciona el «Estatuto de la Función Pública») ha quedado anticuado, tras la promulgación de la Ley 7/2007, de 12 abril, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público, indistintamente aplicable a funcionarios y personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, en la línea —desasossegante para el funcionariado— del Derecho italiano. Sobre el tema, véase A. ARUFE VARELA, «Tres modelos distintos de formalización del Estatuto de los empleados públicos, al hilo de la exposición de motivos del Estatuto español», *Temas Laborales*, núm. 96 (2008), págs. 85 y ss.

⁸ Literalmente, «el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente». Algunos de estos preceptos excepcionales son, por ejemplo, los artículos 3, apartado 1, y 41 de la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales. También, el artículo 3, apartado 1, de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical.

La «ajenidad» —tomando esta palabra en su acepción primaria o elemental, y más tradicional⁹— resulta ser un presupuesto de la contratación en general, pues significa que se presta trabajo no en favor simplemente de «otro» (lo que sólo implicaría «alteridad», pero no necesariamente «ajenidad»), sino en favor precisamente de otro que es un tercero o «ajeno», esto es, de quien no está ligado al que trabaja por estrechos vínculos de parentesco¹⁰.

En la legislación laboral vigente, continúa hablando de «trabajadores *dependientes*» la Ley de Procedimiento Laboral¹¹. Y de «dependencia», también algún reglamento de desarrollo del Estatuto de los Trabajadores, como el Real Decreto 1424/1985, de 1 agosto, regulador de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar¹². Fuera de la legislación laboral, presuponen el concepto la Ley 12/1992, de 27 mayo, reguladora del contrato de agencia¹³; y también, la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal¹⁴.

§2. La distinción entre trabajo «dependiente» y trabajo autónomo o por cuenta propia **resulta crucial**, fundamentalmente por tres razones: 1) al quedar excluidos del ámbito de las fuentes reguladoras de la relación laboral, no se les aplican a los trabajadores autónomos las condiciones de trabajo establecidas ni en la legislación laboral estatal (por ejemplo, en los Reales Decretos anuales de fijación del salario mínimo interprofesional) ni en los convenios colectivos; 2) quien utiliza los servicios de trabajadores autónomos no tiene obligación —de conformidad con la normativa reguladora de la Seguridad Social de trabajadores autónomos— ni de afiliarlos ni de darlos de alta en la Seguridad Social, ni tampoco de cotizar por ellos; y 3) de los pleitos entre trabajadores autónomos y quienes utilizan sus servicios conocen los tribunales civiles o mercantiles, pero no los tribunales laborales. Dada la trascendencia del tema, **nuestros tribunales laborales tradicionalmente venían practicando la distinción entre ambos tipos de trabajo, examinando** prudencialmente si en el caso concreto concurrían o no los **indicios** del trabajo asalariado típico. Estos indicios de verdadero trabajo «dependiente» eran siete, **y en lo esencial**, podían clasificarse —atendiendo a su eficacia indiciaria— en los tres apartados siguientes: 1) indicios fuertes, reconducibles a dos (**trabajar**

⁹ Al respecto, véase Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 enero 1873, comentada en J. MARTÍNEZ GIRÓN, *La contratación laboral de servicios profesionales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad (Santiago de Compostela, 1988), pág. 33.

¹⁰ De ahí que los tribunales civiles se nieguen, en principio, a admitir que quepa la existencia de contrato de arrendamiento de servicios profesionales entre parientes muy próximos, pues «la asunción de la defensa de parientes dentro de los límites que establece el artículo 20 del Estatuto General de la Abogacía por quien tiene el título de Licenciado en Derecho y es habilitado para ello, carece de ese carácter de onerosidad esencial del contrato de arrendamiento de servicios» (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 mayo 1992 [*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1992/4378]).

¹¹ Artículo 243, apartado 1.

¹² Cfr., especialmente, sus artículos 1, apartado 2, y 2, apartado 2.

¹³ Cfr. sus artículos 1 y 2, apartado 1.

¹⁴ Cfr. su artículo 91, número 3º.

exclusiva o preferentemente para una misma empresa y percibir de ella una remuneración fija y periódica); 2) indicios medianos, reconducibles a cuatro (trabajar en las instalaciones de la empresa, sujetarse a la realización de jornada y horario, no detentar poderes inherentes a la titularidad de la empresa y, por último, recibir órdenes de ella); y 3) indicios débiles, reconducibles a uno (examinar el concreto régimen de Seguridad Social al que el trabajador hubiese sido afiliado).

La fortaleza de los dos indicios citados radica en el dato de que ambos se refieren a una característica estructural del verdadero trabajo «dependiente», que es su radical divisibilidad. En nuestro Derecho, frente a la regla general del artículo 1169 del Código Civil, esta radical divisibilidad —aun cuando no se hubiese convenido expresamente— fue establecida, por vez primera, en el artículo 12, párrafo primero, del Código del Trabajo primorriverista de 23 agosto 1926. Por ello, si sólo cabe concluir que el trabajo prestado era indivisible, lo que existe es trabajo autónomo o por cuenta propia (por ejemplo, cuando un abogado defiende un pleito o un arquitecto realiza por encargo un proyecto de construcción), hablándose entonces —para aludir precisamente a la indivisibilidad del trabajo realizado— de que quien lo realizó estaba retribuido «por acto» profesional (que es justamente el caso de la llamada «minuta de honorarios»)¹⁵.

Ahora bien, esta aproximación jurisprudencial tradicional a la distinción ha quedado desfigurada, tras la promulgación de la Ley 20/2007, de 11 julio, reguladora del Estatuto del Trabajo Autónomo. Se trata de una norma **que crea una nueva figura híbrida** —equidistante entre el verdadero trabajador «dependiente» y el verdadero trabajador autónomo—, **que denomina «trabajador autónomo económicamente dependiente»**¹⁶. Su naturaleza jurídica híbrida es consecuencia, de un lado, del hecho de que a sus condiciones de trabajo no se les aplica la legislación laboral sustantiva (incluidos, por tanto, los convenios colectivos), puesto que son verdaderos trabajadores autónomos (lo que explica, además, que sigan quedando encuadrados como trabajadores autónomos en la Seguridad Social; y por tanto, sin que exista obligación alguna de afiliar, cotizar, etc., a cargo del empresario); y de otro lado, del hecho de que de sus pleitos con el empresario no conozcan los tribunales civiles o mercantiles, sino los tribunales laborales (al igual que ocurre en la hipótesis de los verdaderos trabajadores «dependientes»)¹⁷.

¹⁵ Acerca de todo ello, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *La contratación laboral de servicios profesionales*, cit., págs. 33 y ss.

¹⁶ Al respecto, véase el Capítulo III de su Título II, artículos 11 a 18.

¹⁷ Según su artículo 17, apartado 1, «los órganos jurisdiccionales del orden social serán los competentes para conocer las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre un trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente».

La argumentación dada por la Ley 20/2007 para justificar esta trascendental —y distorsionante— novedad se reconduce al juego de palabras siguiente: «Las cuestiones litigiosas propias del contrato civil o mercantil celebrado entre el autónomo económicamente dependiente y su cliente van a estar estrechamente ligadas a la propia naturaleza de la figura de aquél, de tal forma que las pretensiones ligadas al contrato siempre van a juzgarse en conexión con el hecho de si el trabajador autónomo es realmente económicamente dependiente o no, según cumpla o no con los requisitos establecidos en la Ley. Y esta circunstancia, nuclear en todo litigio, ha de ser conocida por la Jurisdicción Social»¹⁸.

En la práctica, resultará a partir de ahora imposible distinguir entre este trabajador autónomo «económicamente dependiente» y el verdadero trabajador «dependiente», si es que la distinción pretende realizarse utilizando los siete indicios jurisprudenciales de que antes se hizo mención. En efecto, los dos indicios fuertes de la existencia de trabajo asalariado típico (recuérdese, **trabajar exclusiva o preferentemente para una misma empresa y percibir de ella una remuneración fija y periódica) constituyen la propia esencia del nuevo híbrido legal, supuesto —según el Estatuto del Trabajo Autónomo— que «trabajadores autónomos económicamente dependientes» son precisamente «aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y *predominante* para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente *por percibir de él, al menos, el 75 por 100 de sus ingresos* por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales»¹⁹. **Queda, por tanto, legalizado lo que en España venía considerándose un fraude —el de los «falsos autónomos», de que hablaban nuestros tribunales laborales**²⁰—, con la consecuencia de que el empresario español puede ahora utilizar lícitamente, con menores costes salariales y de Seguridad Social, mano de obra alternativa a la del mucho más caro trabajo asalariado tradicional²¹.**

Supuesto que el empresario debe tomar la precaución de formalizar «siempre por escrito» el contrato con su trabajador autónomo «económicamente dependiente»²², la

¹⁸ Preámbulo, apartado III, párrafo décimo, incisos cuarto y quinto.

¹⁹ Artículo 11, apartado 1.

²⁰ Al respecto, véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, «Sobre la universalidad de la figura de los “falsos autónomos” en los ordenamientos laborales jurídicamente más significativos, tanto de Derecho “civil” como de Derecho “común”», en *Actas XII Jornadas Luso-Hispano-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 96 y ss.

²¹ Registrando y reprimiendo el fraude consistente en la «amortización del puesto de trabajo para su sustitución por lo que podría denominarse “falso autónomo”», véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 abril 2003 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia JUR 2003/137744).

²² Cfr. artículo 12, apartado 1, de la Ley 20/2007. El Real Decreto 197/2009, de 23 febrero, desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro, y crea el registro estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.

regulación de la figura en la Ley 20/2007 entorpece toda razonable posibilidad de distinción con el verdadero trabajador «dependiente», pues cabe —como ocurre en el caso del típico trabajador asalariado— que el autónomo «económicamente dependiente» trabaje en las instalaciones de su empresario (aunque no «de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral»)²³, sin disponer de infraestructura y material propios (supuesto que no sean en dicha actividad «relevantes económicamente»)²⁴, sujeto a «las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente»²⁵, y sin asumir —supuesto que se trate de un representante de comercio— el riesgo y ventura del resultado de su actividad²⁶, teniendo en cuenta incluso que «cuando en el contrato no se hubiera fijado una duración o un servicio determinado, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido»²⁷.

La confusión es de tal calibre, que en el Preámbulo de la propia Ley 20/2007 llega a hablarse —aunque parezca increíble— del «contrato de trabajo de los trabajadores autónomos económicamente dependientes»²⁸.

Esta misma norma blinda la exclusión de los autónomos «económicamente dependientes» del ámbito de aplicación de los convenios colectivos, procediendo a regular unos denominados «acuerdos de interés profesional», a concertar «entre las asociaciones o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para las que ejecuten su actividad» —al efecto de «establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales de contratación»—, pero teniendo en cuenta que la eficacia de estos acuerdos «se limitará a las partes firmantes y, en su caso, a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello»²⁹.

§3. En el plano del Derecho comparado, existen figuras equivalentes a la de nuestro trabajador autónomo «económicamente dependiente», sobre todo en Alemania e Italia³⁰, donde respectivamente se les denomina «personas asimiladas a trabajadores [*arbeitnehmerähnliche Personen*]» y trabajadores «parasubordinados [*parasubordinati*]». **Hay, sin embargo, diferencias importantes con España en la regulación que los ordenamientos alemán e italiano realizan de este híbrido.** En efecto, tanto en Alemania como en Italia sus respectivas legislaciones prevén expresamente la posibilidad de aplicar las condiciones de trabajo reguladas en los convenios colectivos (y por tanto, los salarios), también a este peculiar tipo de trabajadores «económicamente dependientes», con el consiguiente impacto

²³ Cfr. artículo 11, apartado 2, letra b).

²⁴ Cfr. artículo 11, apartado 2, letra c).

²⁵ Cfr. artículo 11, apartado 2, letra d).

²⁶ Cfr. artículo 11, apartado 2, letra e), y disposición adicional decimonovena.

²⁷ Cfr. artículo 12, apartado 4.

²⁸ Apartado V, párrafo penúltimo.

²⁹ Acerca del tema, véase su artículo 13.

³⁰ Acerca de Portugal, donde el tema aparece regulado al hilo del trabajo a domicilio, véase la Ley núm. 101/2009, de 8 septiembre (artículo 1), promulgada en desarrollo del artículo 10 del Código del Trabajo de 2009, aunque el tema viene de mucho antes (seguramente, por influjo del Derecho alemán).

en costes salariales —que no existe en España— para los empresarios que pretendan servirse de los mismos.

En Alemania, el tema —que se remonta incluso a los años de la República de Weimar³¹— aparece regulado en la Ley del Convenio Colectivo (*Tarifvertragsgesetz*) de 1949, parágrafo 12a, y en la Ley del Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgerichtsgesetz*) de 1953, parágrafo 5, apartado 1, refiriéndose este último precepto a las «personas que, por causa de su dependencia económica [*ihren wirtschaftlichen Unselbständigkeit*], se reputan personas asimiladas al trabajador»³².

En Italia —donde sólo la legislación de Seguridad Social habla expresamente de trabajadores «*parasubordinati*»—, el contrato de trabajo de estos últimos lo regula el Capítulo I del Título VII, artículos 61 a 69, del Decreto Legislativo núm. 276, de 10 septiembre 2003, bajo el rótulo genérico «Trabajo a proyecto y trabajo ocasional [*Lavoro a progetto e lavoro occasionale*]»³³.

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006 —popularmente conocida con el nombre de Directiva «Bolkestein»—, relativa a los servicios en el mercado interior, da de algún modo alas al asunto, al afirmar que «la presente Directiva no debe afectar al derecho de los Estados miembros en los que se presta el servicio a determinar la existencia de una relación laboral y la distinción entre trabajadores por cuenta propia y trabajadores por cuenta ajena, *incluidos los “falsos trabajadores por cuenta propia”*»³⁴.

³¹ Véase A. ARUFE VARELA, «Las fuentes normativas de Derecho comparado aparentemente inspiradoras del régimen legal de nuestros trabajadores autónomos económicamente dependientes», *Justicia Laboral*, núm. 39 (2009), págs. 95-96.

³² Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 85-86.

³³ Sobre el tema, véase A. ARUFE VARELA, «El cumplimiento por Italia de las recomendaciones europeas sobre el empleo, a través de la “Reforma Biagi”», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional*, vol. 10 (2006), págs. 69 y ss.

³⁴ Considerando 87.

Lesson 3
THE SMUDGE OF THE PERSONAL SCOPE
BORDERS OF LABOR LAW

Contents: §1. *The salaried, subordinated or dependent work and its defining sources.* §2. *The interference of the so-called «economic dependent self-employed» hybrid.* §3. *Comparative Law about workers equivalent to our «economic dependent self-employed».*

§1. Labor Law does not rule any kind of human work, but only the long time ago called «salaried» work, which is the work later called —during a great part of the XXth century— subordinated work or «dependent» work. The Workers' Statute does not yet use today the traditional term «dependent» (or rendered «on other's dependency») work, but it pretends to define it by two different ways. Firstly, giving its positive definition, by means of the statement —in its section 1, paragraph 1— that the people who perform it are «the workers who voluntarily render their paid services on other's account and inside the organizational and directive scope of other natural or legal person, called employer or entrepreneur». Secondly —but now in a negative way or by exclusion—, telling what specific kinds of human work are not covered in that previous and abstract definition. To this effect, on the one hand, the Workers' Statute proceeds to describe these works excluded of its scope, in its section 1, paragraph 3 [mentioning seven of them, ordered by letters in a row, from (a) to (g)]; and on the other hand, in its final schedule number one (referred to the exclusion of self-employment or on own's account work). They are eight exclusions, confirming —if placed in a logical row— that the human work covered by Labor Law is a voluntarily rendered on other's account work, by means of a contract, which is a private Law contract, but not ruled by Civil Law or Commercial Law. **The main problem raised by these exclusions is the distinction between «dependent» work and self-employment or on own's account work** (and therefore, the one relating to who are or who are not the people covered by the personal scope of Labor Law).

§2. The distinction between «dependent» work and self-employment or on own's account work **is crucial**, namely by three reasons: (1) the conditions of employment settled either in State labor legislation (for

example, in the yearly Royal Decrees fixing the interprofessional minimum wage) or in the collective bargaining agreements are not applicable to self-employed, because they are excluded from the scope of the sources ruling the labor relationship; (2) who uses self-employed's services has not the duty —according to the norms ruling the Social Security for self-employed— to fulfil the instrumental obligations before the Social Security (immatriculation, register and contribution); and (3) litigation between self-employed and those who use their services are brought before commercial or civil courts, but not before labor courts. Given the importance of the subject-matter, **our labor courts traditionally built the distinction between both kinds of work, by means of a prudential case by case examination** relating to the existence or not of the typical salaried work **indicators**. These indicators of the true «dependent» work were seven, **and in their essentials**, they could be classified —regarding to their efficacy as such indicators— in the three following items: (1) strong indicators, which were namely two (**to exclusively or preferently work for the same enterprise, and to earn from it a fixed and periodical remuneration**); (2) medium indicators, which were four (to work in the premises of the enterprise, under hours of work and timetable, without having powers connected to the ownership of the enterprise, and lastly, to get orders and commands of it); and (3) weak indicators, which was only one (to examine the specific Social Security Regime in which the worker is immatriculated).

However, this traditional case Law approach to the distinction has become desfigured, after the enactment of the Act No. 20/2007, of July 11th, ruling the Statute of Self-employment. It is a norm **creating a new hybrid figure** —in the middle of the way between the true «dependent worker» and the true self-employed—, **called by it «economic dependent self-employed»**. Its hybrid legal nature is a consequence, on the one hand, of the fact that substantive labor legislation (therefore, including the collective bargaining agreements) are not applicable to his conditions of employment, since he is a true self-employed (this also explains that he continues as a self-employed in the scope of the Social Security; and therefore, without any employer's duty to immatriculate him, to contribute for him, and so on); and on the other hand, of the fact that his litigation against the employer can not be brought before commercial or civil courts, but before labor courts (as in the case of the true «dependent» workers).

In practice, it will be nowadays impossible to distinguish this «economic dependent self-employed» and the true «dependent worker», if one wants to make this distinction using the above cited seven case Law indicators. Indeed, the two strong indicators of the existence of the typical salaried work (let us remember, **to exclusively or preferently work for the same enterprise, and to earn from it a fixed and periodical remuneration**) are the true nucleus of the new statutory hybrid, supposing —according to the Statute of Self-employment— that the «economic dependent self-employed» are really «those who perform an economic or professional activity on a profit basis and in a usual, personal, direct, and *predominant* way to a natural or legal person, called customer, being economic depending from him *because they earn from him, at least, the 75 per 100 of their earnings* for outcomes of work or of economic or professional activities». **Therefore, it has been legalized what in Spain was deemed a fraud —the one of the «false self-employed»—, by our labor courts**, with the consequence that the Spanish employer may nowadays legally use alternative manpower with lesser salary and social security costs than the ones of the more expensive traditional salaried work.

§3. At the level of Comparative Law, there are figures equivalent to our «economic dependent» self-employed, above all in Germany and in Italy, where they are respectively called «people assimilated to workers [*arbeitnehmerähnliche Personen*]» and «parasubordinated workers [*parasubordinati*]». **However, there are a number of important differences with Spain in the ruling of this hybrid by the German and Italian legal orders.** Indeed, in Germany as well as in Italy, their respective legislations provide expressly for the possibility to also apply the conditions of employment ruled in the collective bargaining agreements (and therefore, the salaries) to their peculiar kinds of «economic dependent» workers, with the subsequent impact on the salary costs —which does not exist in Spain— for the employers pretending to hire them.

PARTE PRIMERA

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

FIRST PART

INDIVIDUAL LABOR LAW

Tema 4

**EL MODELO ESPAÑOL NI UNITARIO NI INTEGRAL DE
SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO**

Sumario: §1. Las fuentes reguladoras de las oficinas públicas de empleo, agencias de colocación y empresas de trabajo temporal. §2. Los caracteres del sistema nacional español de empleo. §3. La red informática EURES y los servicios públicos nacionales europeos de empleo (en especial, el unitario e integral alemán).

§1. En una sociedad compleja como la actual, resulta ilusorio pensar que la demanda de empleo (encarnada en las personas que buscan un puesto de trabajo) y la oferta de empleo (realizada por los empresarios que necesitan cubrir puestos de trabajo), en cuanto que conjuntos integrados por miles y miles de personas y vacantes, pueden llegar a cruzarse espontánea o naturalmente, en porcentajes que no resulten estadísticamente despreciables. Por eso, los poderes públicos acabaron cayendo en la cuenta de que tenía que facilitarse de algún modo ese cruce, mediante la creación de puntos de encuentro (o «intermediación laboral») entre demandantes y oferentes de puestos de trabajo. **En España —donde se tomó cartas en el asunto a partir de 1931—, el tema se encuentra actualmente regulado en la Ley 56/2003, de 16 diciembre, de empleo.** Según esta Ley —que padece modificaciones continuas, al modo de palos de ciego—, «con independencia del agente que la realice, **la intermediación laboral tiene la consideración de un servicio de carácter público**»¹, **que se presta —en lo esencial— por los dos agentes intermediarios siguientes:** 1) en un 99 y pico por ciento, por el «**Sistema Nacional de Empleo**»², **que actúa a través de las denominadas «oficinas públicas de empleo»** (coloquialmente llamadas todavía oficinas «del paro» o «del INEM»)³; y

¹ Cfr. artículo 20, apartado 3. Sobre el tema, también desde la perspectiva iuscomparatista, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «Los servicios públicos de empleo, elementos nucleares del Derecho comparado del empleo», en J.L. MONEREO PÉREZ, M^a.N. MORENO VIDA y J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (Directores), *El Derecho del Empleo. El estatuto jurídico del empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, actualizado con la reforma laboral*, Comares (Granada, 2011), págs. 791 y ss.

² Acerca de su «concepto», véase artículo 5.

³ Aparte el hecho de estar servidas en buena medida por personal laboral precario —últimamente, algunos miles de «orientadores»—, e incluso de origen fraudulento («indefinidos no fijos»), realizan multitud de funciones burocráticas que nada tienen que ver con la intermediación laboral en sentido estricto (por ejemplo, las de registro de los papeles que detalla el apartado 1 del artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores).

2) en el porcentaje restante, por las «agencias de colocación» de titularidad pública o privada, a autorizar administrativamente como refuerzo de las actividades de intermediación que realizan las oficinas públicas de empleo, siempre y cuando garanticen a los trabajadores la completa gratuidad de los servicios que prestan⁴. **Las empresas de trabajo temporal (coloquialmente llamadas «ETTs») complementan la actividad de estos agentes**, cuya actividad empresarial de intermediación, legalmente extravagante —esto último, por estar regulada en su normativa específica, a la que remite la Ley 56/2003, y construida sobre la base de una atípica relación jurídica triangular⁵—, consiste en prestar temporalmente a otros empresarios (a cambio de cobrarles un precio) trabajadores suyos que tienen en retén, lo que explica que en dicha normativa específica suya, al efecto de impedir la actuación de ETTs que sólo sean empresas ficticias (y en consecuencia, meros traficantes de mano de obra), se les exija autorización administrativa previa para poder funcionar.

El primer vértice de dicha relación triangular está representado por la relación jurídica existente entre la ETT y la empresa cliente suya (teniendo en cuenta que el cliente, aunque escandalice a muchos, puede ser también una Administración pública)⁶, que no es una relación laboral, sino sólo puramente mercantil. Se establece mediante la estipulación entre ambas del legalmente denominado «contrato de puesta a disposición», que posee una regulación muy prolija⁷. Este contrato implica, de una parte, que la ETT se obliga a ceder temporalmente trabajadores a su cliente, exactamente «en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada» con ellos; y de otra parte, la empresa usuaria o cliente se obliga a pagarle a la ETT el citado precio.

El segundo vértice lo integra la relación entre la ETT y el trabajador cedido, que sí es una auténtica relación laboral, pues se establece en virtud de la estipulación de un contrato de

⁴ Artículo 21.bis, desarrollado por Real Decreto 1796/2010, de 30 diciembre, que regula las agencias de colocación.

⁵ Dicha normativa específica está integrada por la Ley 14/1994, de 1 junio [apresuradamente promulgada, por exigencias del Derecho comunitario; al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La directiva comunitaria sobre seguridad e higiene en el trabajo en las empresas de trabajo temporal», en el Vol. *IV Xornadas galegas sobre condicións de traballo e saúde*, Fundación Caixa Galicia (Ferrol, 1994), págs. 18 y ss.], por el Real Decreto 4/1995, de 13 enero, y por un convenio colectivo sectorial estatal, periódicamente puesto al día (en la primera versión del mismo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 21 abril 1995, la patronal del sector se dio un festín goleador con los sindicatos UGT y CCOO, certificado por el alucinante artículo 18 del convenio colectivo en cuestión). La Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 noviembre 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, pretende aproximar las muy diversas legislaciones sobre el tema existentes en Europa. Respecto de la tradicionalmente vigente en Alemania, alucinante para España, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El prestamismo laboral en Alemania. Estudio comparativo con la regulación española sobre cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional*, volumen II (2007), págs. 485 y ss.

⁶ Cfr. disposición adicional cuarta de la Ley 14/1994.

⁷ Cfr. artículos 6 a 9 de la Ley 14/1994.

trabajo entre una y otro, que necesariamente ha de formalizarse por escrito⁸. Estos contratos pueden «concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición», aunque teniendo en cuenta que el trabajador en cuestión sólo trabaja y, por tanto, sólo cobra su salario (a descontar del precio pagado por el cliente a la ETT) cuando es cedido por la ETT a la empresa cliente —en cuyo caso se habla de que es un trabajador «en misión»—, permaneciendo simplemente en retén (sin trabajar ni cobrar) en tanto no ocurre la cesión.

El tercer vértice lo constituye la relación entre la empresa usuaria y el trabajador cedido⁹, que no es una relación de carácter contractual en sentido estricto —puesto que el empresario de este trabajador es, recuérdese, la ETT—, aunque la empresa cliente responde frente a este trabajador, dado que está aprovechándose de sus servicios, de su «protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social ... en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional».

§2. La actividad de intermediación laboral realizada por nuestras oficinas públicas de empleo, necesitada de refuerzos y de complementos, sólo puede ser calificada y valorada negativamente. De un lado, por tratarse de una actividad de intermediación territorialmente troceada (no tiene, en consecuencia, ningún carácter unitario), dado que **nuestro «Sistema Nacional de Empleo»** (esto es, el montaje que sirve de paraguas a dichas oficinas) **está «integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas»¹⁰, que son actualmente diecisiete** servicios públicos autonómicos (y por tanto, autónomos) de empleo. De otro lado, porque **los dieciocho servicios públicos españoles de empleo (esto es, el estatal más los diecisiete autonómicos) no llevan a cabo, cada uno por su cuenta, ninguna política integral de empleo**, visto: 1) que las llamadas «políticas activas» de empleo (núcleo duro de la actividad de intermediación laboral) son políticas de competencia, en principio, de los servicios públicos autonómicos; y 2) que la que puede denominarse —por contraposición— «política pasiva» de empleo (consistente en pagar prestaciones y subsidios a quienes tienen deber jurídico estricto de buscarse un empleo) es, en cambio, de competencia del servicio público estatal. Como es lógico, **este carácter ni unitario ni integral de nuestro «Sistema Nacional de Empleo» —que sólo tiene de «sistema» el nombre y una fachada de cartón-piedra**, para crear la apariencia de que cumplimos las exigencias impuestas por el Derecho de la Unión

⁸ Respecto de todo esto, véanse artículos 10 a 14 de la Ley 14/1994.

⁹ Véanse artículos 15 a 17 de la Ley 14/1994.

¹⁰ Artículo 5, inciso segundo, de la Ley 56/2003.

Europea¹¹— **repercute sobre la calidad y la eficacia del servicio que debe prestarse a los ciudadanos** (los cuales son, además, ciudadanos sin trabajo y, en consecuencia, especialmente precisados de ayuda). Lo prueba clamorosamente la imposibilidad de hacer frente —con diecisiete políticas activas autonómicas distintas de empleo— al dramático contingente de parados provocado por el colapso del sector de la construcción, el cual es un problema estatal y no meramente autonómico, supuesto que el derrumbe de dicho importantísimo sector productivo se produjo —a partir del año 2008— no sólo en tal o cual Comunidad Autónoma, sino en todo el territorio de España.

Según la Ley 56/2003, «se entiende por políticas activas de empleo el conjunto de acciones y medidas de orientación, empleo y formación dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social»¹².

En esta materia, sólo cabe hablar de entreguismo. De un lado, del Estado a las Comunidades Autónomas, a quienes se impone el grueso de la carga de gestionarlas; y de otro lado, del Estado y de las Comunidades Autónomas a los sindicatos y asociaciones patronales, convertidos *contra natura* en gigantescos centros de formación de parados y no parados, obligados a gestionar —igualmente *contra natura*— ingentes recursos económicos, se supone que, escasos en tiempos de crisis. Las pruebas de cargo de esto último son muchas, representando el papel de mero botón de muestra una Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal, de 18 marzo 2011, aprobando subvenciones públicas por importe de casi 250 millones de euros (sólo en el año 2011), para la ejecución de planes de formación intersectoriales dirigidos prioritariamente a personas ocupadas, de las que sólo pueden ser beneficiarias «las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el ámbito estatal».

La perversión del sistema explica los flacos (por no decir ridículos) resultados que el Reino de España viene consiguiendo con cargo al Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, creado en 2006 para hacer frente al impacto negativo sobre las relaciones laborales de la mundialización de la economía, y modificado en 2009 para hacer frente al impacto del *crack* financiero de 2008 (o *crack* del Banco Lehman Brothers), del que trae causa el desplome citado de nuestro sector de la construcción¹³.

¹¹ Al respecto, baste compulsar la Ley 56/2003, allí donde se refiere a la elaboración de la llamada «Estrategia Española de Empleo», que presupone la convocatoria y celebración de un verdadero concilio ecuménico, compuesto por los siguientes sínodos: «el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo e Inmigración, aprobará la Estrategia Española de Empleo, que se elaborará en colaboración con las Comunidades Autónomas y con la participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, se informará por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, y se someterá a consulta e informe del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo» (artículo 4.bis, apartado 1).

¹² Artículo 23, apartado 1, párrafo primero.

¹³ El Fondo en cuestión aparece regulado en el Reglamento (CE) núm. 1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 diciembre 2006, habiendo cumplido la Comisión Europea el deber de crear un sitio web específico del mismo (con muy interesante documentación), ubicado en <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=326&langId=es>. Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 202-203.

§3. La situación que tenemos en España —paro altísimo e ineficacia de las políticas activas de empleo para bajarlo— **contrasta con** lo que ocurre en el entorno económico-cultural más imitable que nos rodea. En **Alemania**, por ejemplo, el paro es bajísimo, pareciendo que en la explicación de este dato algo tendrá que ver **el servicio público alemán de empleo** —personificado y centralizado en la Agencia Federal de Empleo (*Bundesagentur für Arbeit*), que tiene su sede central en la ciudad de Nuremberg (Estado federado de Baviera)—, que **es un servicio público unitario** (las oficinas de empleo de dicha Agencia operan en todo el territorio de la República Federal, dividido a estos efectos en diez direcciones regionales, que se superponen a los dieciséis Estados federados alemanes o *Länder*), **pero también un servicio público integral** (dichas oficinas alemanas se ocupan no sólo de procurar un empleo a quienes se encuentran parados [políticas activas, recuérdese], sino también de pagar a quienes están jurídicamente desempleados las correspondientes prestaciones por desempleo [política pasiva, recuérdese]). Lógicamente, a **la Unión Europea** no le queda más remedio que hacer abstracción de todas las diferencias existentes entre los Estados miembros en lo tocante a la estructuración de sus muy distintos servicios nacionales de empleo, y **se limita a fomentar la colaboración y el intercambio de información entre tales servicios nacionales, a través de la red informática denominada EURES** (acrónimo de *EUROpean Employment Services*)¹⁴, ubicada en <http://ec.europa.eu/eures>, que permite —entre otras muchas cosas— buscar gratis y desde casa ofertas de trabajo (que se cuentan por cientos y cientos de miles) en todos y cada uno de los veintisiete Estados miembros.

De los cuatro modelos teóricos netos de servicios públicos de empleo existentes¹⁵, Italia resulta adscribible al modelo español (esto es, ni unitario ni integral), mientras que Gran Bretaña posee, por su parte, un modelo de servicios públicos de empleo idéntico al alemán (esto es, unitario e integral).

El tercer modelo teórico lo encarnan Francia y Portugal, supuesto que sus servicios públicos de empleo son unitarios (actúan en todo el territorio metropolitano de ambos países), pero no integrales (esto es, sin gestionar el conjunto de políticas, como la pasiva, ligadas al empleo).

En fin, los Estados Unidos —donde existe, a nivel federal, una agencia de algún modo equivalente de la *European Personnel Selection Office*, que es la agencia europea encargada de reclutar el personal funcionario, contratado y becario al servicio de las instituciones

¹⁴ La norma europea reguladora de la Red EURES es la Decisión 2003/8/CE, de 23 diciembre 2002.

¹⁵ Respecto de ellos, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2ª ed., págs. 55 y ss.

de la Unión Europea¹⁶— se ajustan a su propio modelo. Allí las políticas de empleo son gestionadas por cada Estado federado en su territorio propio, a través de su respectivo servicio estatal público de empleo (legalmente denominado «Agencia estatal para el servicio de empleo [*State job service agency*]»), competente para ejecutar tanto las políticas activas como las políticas pasivas de empleo. Esto explica que el modelo norteamericano de servicios públicos de empleo deba ser calificado de modelo no unitario (al estar desagregado territorialmente por Estados), pero sí integral (al corresponder en cada Estado a una misma agencia, actuante a través de «oficinas locales de empleo [*local employment offices*]», la intermediación en el mercado de trabajo y el pago de las prestaciones por desempleo).

¹⁶ Su sitio en Internet, con información muy útil, está ubicado en <http://europa.eu/epso>.

Lesson 4

*THE SPANISH NEITHER UNITARIAN NOR INTEGRAL MODEL OF
PUBLIC SERVICES OF EMPLOYMENT*

Contents: §1. *The sources ruling the public centers of employment, employment agencies, and temporary employment agencies.* §2. *The characters of the Spanish national system of employment.* §3. *The computer net EURES and the European national public services of employment (and namely, the German unitarian and integral one).*

§1. In a complex society like the current one, it is illusory to think about the employment demand (embodied in those people who are looking for a job) and the employment offer (performed by those employers who need to fill jobs), as long as sets integrated by thousands and thousands of people and vacancies, can get spontaneously or naturally crossing, in non inconsiderable statistically and significant percentages. Therefore, the public powers ended up realizing that it was necessary in some way to ease that crossing, by means of the creation of meeting points (or «labor intermediation») between jobseekers and offerers of jobs. **In Spain—where the State intervenes in the subject-matter since 1931—, this topic is nowadays ruled in the Act No. 56/2003, of December 16th, of employment.** According to this Act—which is continuously amended, but in the way of true blind attempts—, «irrespective of the agent performing it, **labor intermediation has the meaning of a public service**», rendered—in its essentials— **by the two following intermediate agents:** (1) in a more than 99 per cent, by **the «National System of Employment», which operates by means of the so-called «public centers of employment»** (popularly still called «the unemployment» or «INEM» offices); and (2) in the remainder percentage, by **the public or private «employment agencies»**, to be administrative authorized as a reinforcement of the intermediation activities performed by the public centers of employment, inasmuch as their services are full toll-free ones for the workers. **The temporary agencies of employment (popularly called «ETTs»)** supplement the activity of those agents, consisting their employer intermediation activity, which is statutory extravagant—this last, because it is ruled in a specific Act, mentioned by the Act No. 56/2003, and built on the basis of an atypical triangular legal

relationship— of temporarily lending to other employers (in exchange of a price) their own workers they have standing-by, what explains that their specific statute requires a previous administrative authorization to operate, so avoiding the operations of ETTs being only fictitious enterprises (and as a consequence, mere manpower trafficants).

§2. The labor intermediation activity performed by our public centers of employment, which is needed of reinforcements and supplements, can only qualified and considered to be negative. On the one hand, because it is an intermediation activity broken from a territorial viewpoint (as a consequence, it has no unitarian character), since **our «National System of Employment»** (that is, the structure serving as an umbrella to such centers) **«consists of the State Public Service of Employment and the Autonomous Communities Public Services of Employment», which are nowadays seventeen** regional (and therefore, autonomous) public services of employment. On the other hand, because **the eighteen Spanish public services of employment (that is, the State one plus the seventeen Autonomous ones) do no carry out, each one itself, any integral employment policy**, supposing: (1) that the so-called «active policies» of employment (the hard nucleus of the labor intermediation activity) are policies belonging, in principle, to the Autonomous public services; and (2) that the so-called —in contrast— «passive policy» of employment (consisting of serving allowances to those who, in a narrow sense, are jobseekers), on the contrary, belongs to the State public service. As it is logical, **this neither unitarian nor integral character of our «National System of Employment» —having only the name of «system» and also a papier maché facade**, to make the European Union think we fulfil its requirements— **hits on the quality and the efficacy of the service to be rendered to the citizens** (who are also jobless citizens and, as a consequence, specially needed of help). This is strongly shown by the impossibility of facing —with seventeen different Autonomic active policies of employment— the dramatic figures of jobless people provoked by the collapse of the real state sector, which is a Statewide and not merely any Autonomous community-wide problem, supposing that the fall of such highly important productive sector did occur —since 2008— not only in so-and-so Autonomous Community, but in the whole territory of Spain.

§3. **The situation we have in Spain** —very high unemployment and inefficacy of the active policies of employment to make it decreases—

contrast with what happens in the economic-cultural more imitable environment surrounding us. In **Germany**, for example, the unemployment rate is very low, and it appears that this datum has something to do with the fact that **the German public service of employment**—embodied and centralized in the Federal Agency of Employment (*Bundesagentur für Arbeit*), having its central seat in the city of Nuremberg (State of Bavaria)—, which **is a unitarian public service** (the centers of employment of such Agency operate in the whole territory of the Federal Republic, which consists to these effects of ten regional directorates, acting over the sixteen German States or *Länder*), **but also an integral public service** (such German centers deal with not only to look for a job to those who are jobless [active policies, let us remember], but also to serve unemployment allowances to those who are statutory unemployed [passive policy, let us remember]). Logically, **the European Union** has no chance but to make abstraction of the differences existing among the several member States, in the subject-matter of the structuration of their very different national systems of employment, and it **merely encourages the collaboration and the exchange of information among those national services, through the computer net called EURES** (acronym of *EUROpean Employment Services*), located in <http://ec.europa.eu/eures>, which allows—among many other things—to toll-free and from home look for employment offers (with figures of thousands and thousands) in the whole twenty-seven member States.

EL CONTRATO DE TRABAJO COMÚN U ORDINARIO Y SUS
MODALIDADES MÁS INDESEABLES

Sumario: §1. Las presunciones legales «*iuris tantum*», relativas al contrato de trabajo común u ordinario. §2. El fraude de ley en la contratación laboral precaria. §3. Derecho comunitario y comparado sobre contratos de trabajo temporales.

§1. El legalmente denominado contrato de trabajo «común u ordinario»¹ —cuya existencia se deduce de las dos presunciones «*iuris tantum*» contenidas en el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores²— es el contrato de trabajo que cualquier trabajador asalariado (o dependiente) típico desea realmente tener. **Es un contrato de trabajo caracterizado por tres notas** que tienen que concurrir simultáneamente, a saber: 1) limitarse a **realizar el trabajo a cambio de percibir un salario**, teniendo en cuenta que estos dos elementos («trabajo» y «salario») constituyen —en sentido jurídico-civil— la causa del contrato; 2) tener la perspectiva de trabajar y cobrar **por tiempo indefinido**, y en consecuencia, hasta que el contrato se extinga por jubilación del trabajador; y 3) trabajar semana tras semana **a jornada completa**, dedicándole al trabajo el máximo ordinario semanal que legalmente cabe realizar (esto es, ocho horas al día durante cinco días cada semana). **Si se trastoca cualquiera de estas tres notas caracterizantes, surgen las «modalidades» de ese contrato de trabajo común, ordinario o típico.** Lógicamente, estas modalidades —**generalmente indeseables para el trabajador típico**— pueden clasificarse en tres grupos, que se corresponden con cada una de las tres notas trastocadas. En primer lugar, las **modalidades que trastocan el elemento de la causa**, añadiéndole a esta última algún elemento contaminante, como ocurre cuando el trabajador no sólo tiene que limitarse a trabajar a cambio del salario, sino que también debe superar una prueba eliminatoria³ o tener que

¹ Cfr., por ejemplo, artículo 11, apartado 2, letra k), del Estatuto de los Trabajadores.

² Más en concreto, en el inciso segundo de su apartado 1 («Se presumirá existente [el contrato de trabajo] entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél»), y en el inciso tercero de su apartado 2 («De no observarse tal exigencia [de forma escrita], el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios»).

³ Es el caso del «período de prueba», regulado en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores.

dedicar una parte del tiempo de trabajo a estudiar o formarse⁴. En segundo lugar, las **modalidades que trastocan el elemento de la duración del contrato**, genéricamente englobables bajo la expresión popular peyorativa —reveladora de su carácter tan poco deseable— «contratos precarios» (técnicamente, contratos de trabajo de duración determinada o temporales)⁵. En tercer lugar, las **modalidades que trastocan el elemento de la jornada de trabajo realizable semanalmente**, asimismo indeseables porque —como ocurre en los contratos de trabajo por horas o a tiempo parcial⁶— sólo se cobran las horas de trabajo, eventualmente pocas, que se hubiesen realizado.

Aunque ahora —por exigencias del Derecho de la Unión Europea— se quiera presentar el contrato de trabajo a tiempo parcial como un mecanismo favorecedor del empleo de personas con responsabilidades familiares (por ejemplo, mujeres) o con responsabilidades formativas (por ejemplo, estudiantes)⁷, lo cierto es que dicho contrato sigue siendo un mecanismo de reparto del poco trabajo existente en tiempos de paro —trabajar menos para que trabajen todos— y, por tanto, un mal menor (si se trabaja menos, es cierto que se trabaja, pero también que se cobra menos), confirmando todo esto la prolija regulación del tema contenida en nuestro ordenamiento jurídico laboral y de seguridad social, que resulta extraordinariamente permisivo al respecto, puesto que: 1) prevé muchos tipos de contrato a tiempo parcial susceptibles de ser lícitamente acordados (de duración indefinida, de duración determinada, el trabajo fijo-discontinuo, el pactado para prestarse en períodos de trabajo concentrado, etc.); 2) tolera la regulación de las llamadas «horas complementarias» (que son las realizadas en exceso sobre la jornada a tiempo parcial, con la finalidad evidente de que el trabajador se convierta de hecho en algo parecido a un trabajador a tiempo completo), si el contrato es indefinido⁸; y 3) admite con naturalidad la existencia del trabajador pluriempleado a tiempo parcial (esto es, con dos o más contratos de trabajo a tiempo parcial con distintos empresarios), como una alternativa compatible incluso con la realización de las recién citadas «horas complementarias».

Sobre la base de que el trabajador a prueba (recuérdese, el que tiene un contrato de trabajo con causa contaminada) es un trabajador sometido a despido libre, los tribunales laborales registran que los representantes legales o sindicales de los trabajadores suelen pactar con relativa frecuencia en convenio colectivo, sobre todo de ámbito empresarial, duraciones del período de prueba superiores incluso a un año —con amparo en el precepto legal que establece que la regla general es la de que, en principio, el período de prueba tendrá «los límites de duración que ... se establezcan en los convenios colectivos»⁹—, existiendo

⁴ Como en el caso de los «contratos formativos», previstos por el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, que son el «contrato de trabajo en prácticas» (regulado en su apartado 1) y el «contrato para la formación» (regulado en su apartado 2).

⁵ Regulados en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, desarrollado por el Real Decreto 2720/1998, de 18 diciembre.

⁶ Cfr. artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores.

⁷ Cfr. Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 diciembre 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

⁸ Cfr. artículo 12, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores.

⁹ Cfr. artículo 14, apartado 1, inciso primero, del Estatuto de los Trabajadores.

ya jurisprudencia laboral unificada por el Tribunal Supremo, relativa a que un período convencional de prueba de «dos años» resulta presuntivamente abusivo¹⁰.

En una época como la actual, tan dada a la proclamación legislativa de todo tipo de principios, no deja de resultar sintomático que el Estatuto de los Trabajadores sólo contenga dos referencias peladas y episódicas al principio de «estabilidad en el empleo», en cuanto que antítesis del de precariedad¹¹.

§2. Como era previsible, estas modalidades indeseables del contrato de trabajo plantean problemas asimismo indeseables al trabajador afectado. De entre todos estos problemas, quizá **el más sangrante se refiere a los contratos de trabajo precarios, respecto de los que en España se instaló** —a partir del año 1984— **la cultura del fraude de ley**¹². Desde el año 1997, el Gobierno español y los interlocutores sociales (patronal y sindicatos más representativos) han entablado una **lucha orientada a desalojar de nuestra realidad empresarial a ese ocupa**. De entre las medidas de desalojo que se han ensayado, se cuentan las siguientes: 1) ceñir la posibilidad de estipular contratos precarios sólo a supuestos coyunturales (obra o servicio determinados¹³, eventualidades¹⁴ e interinidades¹⁵), que no tengan que ver con la estructura de la actividad normal y permanente de la empresa; 2) limitar la duración máxima de los contratos precarios coyunturales, imponiendo incluso el tope máximo de cuatro años para el de obra o servicio determinados¹⁶; 3) atacar el encadenamiento de contratos precarios en una misma empresa, imposibilitando que el trabajador pueda trabajar más de 24 meses en un período de 30 meses para una sola empresa, en virtud de contratos precarios encadenados¹⁷; 4) dejar de fomentar la estipulación de contratos precarios, eliminando las subvenciones públicas a los empresarios por la contratación

¹⁰ Al respecto, véase Sentencia de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo de 12 noviembre 2007 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2008/71).

¹¹ Cfr. su artículo 85, apartado 3, letra i), y su disposición adicional décima.

¹² Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Contratos temporales y estabilidad del trabajador en el empleo, en España», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 8 (2004), págs. 451 y ss.

¹³ Cfr. artículo 15, apartado 1, letra a), del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴ Cfr. artículo 15, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁵ Cfr. artículo 15, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores, relativo a las interinidades «de sustitución», pues las interinidades «de vacante» aparecen reguladas en el artículo 4 del citado Real Decreto 2720/1998.

¹⁶ Supuesto que «estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior» [artículo 15, apartado 1, letra a), párrafo primero, inciso segundo, del Estatuto de los Trabajadores]. Este límite «no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones públicas» (disposición adicional decimoquinta, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores).

¹⁷ Cfr. apartado 5 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, que no considera eslabones de la cadena «los contratos formativos, de relevo e interinidad».

de trabajadores bajo dicho tipo de contratos, y encarecer, al mismo tiempo, la cotización a la seguridad social por este último tipo de contratación; y 5) crear un contrato de trabajo fijo, pero de segunda división, que anime al empresario a estipularlo, aunque sea al precio de abaratar la indemnización por su injusta extinción (es el legalmente denominado contrato «de fomento de la contratación indefinida», y popularmente «de los 33 días»)¹⁸. **Ahora bien**, a pesar de toda esta panoplia de medidas, **el cáncer de la contratación precaria fraudulenta sigue produciendo su metástasis en el tejido empresarial español**, con la consecuencia de que España —también en este tema— sea diferente al resto de países del área económico-cultural a que pertenecemos¹⁹.

En realidad, el remedio más eficaz para luchar contra el fraude en la contratación temporal —una vez que éste se produce— es una acción declarativa pura, denominada «acción de fijeza», de régimen exclusivamente jurisprudencial, aunque presenta el *handicap* de que ha de ser ejercitada por el trabajador que padece el fraude sólo mientras esté viva su relación laboral fraudulenta²⁰.

La contratación precaria fraudulenta es tan frecuente en todas las Administraciones públicas españolas, que el legislador se ha visto obligado a legalizar la figura del denominado trabajador «indefinido no fijo» (esto es, el trabajador cuyo contrato laboral temporal con la Administración ha sido judicialmente declarado en fraude de ley)²¹.

El fraude en la contratación temporal (al igual que el fraude al resto de la legislación laboral) se cortaría de raíz en las Administraciones públicas —especialmente obligadas (y obligadas a título de «*hard Law*»), ante el ciudadano que paga sus impuestos, a dar ejemplo de cumplimiento de la legalidad— si se pusiesen en marcha procedimientos de «auditoría laboral» o «auditoría social» (evolución natural de la auditoría de cuentas y de la auditoría de prevención de riesgos laborales, así como único soporte creíble de las medidas de «*soft Law*» denominadas de «responsabilidad social de las empresas»)²², con base en el Derecho de la Unión Europea, según el cual «los Estados miembros deben asegurarse de que se atienda adecuadamente a la necesidad de aumentar la eficiencia y la transparencia de las

¹⁸ Sobre este asunto, véase *infra*, Tema 12, §2.

¹⁹ La metástasis en cuestión es de tal calibre, que incluso los contratos de trabajo formativos (por definición, contratos precarios) se sustituyen por «becas» fraudulentas, mucho más precarias todavía (especialmente desde el punto de vista retributivo y de los costes de seguridad social, iguales a cero). La jurisprudencia detecta la existencia de este fraude, también en las Universidades públicas españolas. Lo prueba, por ejemplo, una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 marzo 2007 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2007/3191), fallada en casación para la unificación de doctrina, a propósito de un estudiante de ingeniería industrial fraudulentamente contratado como «becario», para realizar tareas administrativas, por la Universidad pública del País Vasco.

²⁰ La resolución decisiva sobre el tema es la Sentencia del Tribunal Constitucional núm 71/1991, de 8 abril. Sobre el tema, véase J.M. BOTANA LÓPEZ, *La acción declarativa. En especial, en los procesos de trabajo y seguridad social*, Civitas (Madrid, 1995), págs. 62 y ss.

²¹ Al respecto, véase el Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por la Ley 7/2007, de 12 abril), en el que se afirma que «los empleados públicos se clasifican», entre otros, en «personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal» [artículo 8, apartado 2, letra c)], y además, que «en función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal» (artículo 9, apartado 1, inciso segundo).

²² Sobre esta última, véase *supra*, Tema 2, §2.

Administraciones públicas», teniendo en cuenta que «en particular, deben considerar la adopción de medidas encaminadas a ... fomentar ... que se cumpla la legislación, especialmente mediante ... procedimientos de auditoría social»²³.

§3. Lógicamente, la Unión Europea anima a los Estados miembros a desalojar al ocupa del fraude de ley en la contratación laboral de duración determinada²⁴. A estos efectos, su instrumento normativo básico es la Directiva 1999/70/CE, sobre el trabajo de duración determinada, en la que con toda rotundidad se proclama la regla infraestructural de que «los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento»²⁵. **Frente a lo que ocurre en nuestro país, Francia y su Código del Trabajo de 2008 ejemplifican el modelo más perfecto no sólo de formalización del principio político de estabilidad en el empleo, sino también de lucha eficaz contra el fraude de ley en la contratación laboral precaria, que se articula alrededor de las cinco medidas anti-ocupa** siguientes: 1) ceñir —al igual que sucede en España— la estipulación lícita de contratos precarios sólo a supuestos coyunturales, pero permitiendo el de obra o servicio determinados sólo en actividades de carácter estacional o donde sea costumbre de siempre utilizarlo²⁶; 2) limitar —también al igual que en España— la duración máxima de los contratos precarios coyunturales, pero imponiendo el tope máximo de 18 meses en todos los casos²⁷; 3) prohibir la extinción anticipada del contrato precario por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción²⁸; 4) obligar al empresario a pagar al trabajador cesado una indemnización —alucinante, si se mide con parámetros españoles— del 10 por ciento de la remuneración total bruta cobrada por el trabajador durante la vigencia de su contrato de trabajo precario²⁹; y 5) un fenomenal aparato represor de carácter penal (en consecuencia, con protagonismo pleno no tanto de

²³ Cfr. Decisión (2006/702/CE) del Consejo de 6 octubre 2006, relativa a las directrices estratégicas comunitarias en materia de cohesión, apartado 1.3.4, párrafo quinto, de su Anexo.

²⁴ Acerca de la situación en Alemania, véase A. ARUFE VARELA, «La regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial y a plazo en Alemania. Estudio comparativo con la regulación de los contratos precarios en España», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, vol. 11 (2007), págs. 73 y ss.

²⁵ Cfr. su Anexo, consideraciones generales, núm. 6.

²⁶ Cfr. artículos L. 1242-2 y L. 1242-7.

²⁷ Cfr. artículo L. 1242-8.

²⁸ Cfr. artículo L. 1243-1.

²⁹ Cfr. artículo L. 1243-8.

la Inspección de Trabajo, sino más bien del Ministerio Fiscal), que combina la imposición al empresario infractor de multas (oscilantes entre 3.750 y 7.500 euros) y de pena privativa de libertad de seis meses³⁰.

El equivalente español de la citada indemnización francesa (legalmente denominada, en Francia, «*indemnité de fin de contrat destinée à compenser la précarité de sa situation*») es teóricamente «la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce de salario por cada año de servicio»³¹, aunque —tratándose de una indemnización de aplicación progresiva— estos doce días sólo resultarán exigibles en el año 2015³².

Sobre la base de que la Unión Europea posee a su servicio una gigantesca plantilla de personal funcionario y de personal laboral, el Derecho regulador de este último no respeta en absoluto el principio de estabilidad en el empleo, puesto que todos los contratados laborales al servicio de las instituciones de la Unión Europea son trabajadores precarios³³.

Paradójicamente, en los Estados Unidos se considera un privilegio ser trabajador precario, pues —frente a la regla general allí imperante de despido libre— el trabajador con contrato de trabajo de duración determinada no puede ser despedido por el empresario antes del vencimiento del término, si no existe justa causa³⁴.

³⁰ Cfr. artículos L. 1248-1 a L. 1248-11.

³¹ Cfr. artículo 49, apartado 1, letra c), párrafo primero, del Estatuto de los Trabajadores.

³² Cfr. disposición transitoria decimotercera del Estatuto de los Trabajadores.

³³ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 161-164.

³⁴ *Ibidem*, págs. 171-173.

Lesson 5

*THE ORDINARY OR COMMON CONTRACT OF EMPLOYMENT AND
ITS MORE UNDESIRABLE MODALITIES*

Contents: §1. *The prima facie evidences relating to the ordinary or common contract of employment.* §2. *The fraud of Law in the precarious employment hiring.* §3. *Community and Comparative Law about fixed-term contracts of employment.*

§1. The statutory called «common or ordinary» contract of employment—the existence of which derives from the two «*prima facie*» evidences contained in section 8 of the Workers’ Statute—is the contract of employment that any salaried (or dependent) typical worker really wants to hire. **It is a contract of employment with three characters**, to simultaneously concur, that is: (1) to merely **perform a work in exchange of the earning of a salary**, bearing in mind that these two elements («work» and «salary») are—in a legal-civil sense—the consideration of the contract; (2) to have the perspective of working and earning **for an indefinite term**, and as a consequence, up to the termination of the contract because of the retirement of the worker; and (3) to week by week work **to full working time**, devoting to work the weekly ordinary maximum which is possible to perform from a statutory viewpoint (that is, eight hours a day, five days a week). **If these three landmarking notes are disrupted, then the «modalities» of the common, ordinary, or typical contract of employment raise.** Logically, these modalities—**generally undesirable for the typical worker**— can be classified in three groups, corresponding each one of them with the respective disrupted notes. Firstly, the **modalities disrupting the element of the consideration**, which add to this last some polluting element, as it happens when the worker has not only the duty to merely work, but also to pass an eliminatory probe or to devote some part of his working time to study or to train. Secondly, the **modalities disrupting the element of the duration of the contract**, covered in general under the pejorative popular term—revealing its so less desirable character— «precarious contracts» (and technically, fixed-term or definite duration contracts of employment). Thirdly, the **modalities disrupting the element of the working time to**

be weekly performed, which are also undesirable, because —as in the case of the part-time contracts— the worker only earn the specific hours of work, eventually few ones, he has performed.

§2. As it was foreseeable, **these undesirable modalities of the contract of employment raise likewise undesirable problems** to the involved worker. Among all these problems, **the most bleeding one** relates maybe **to the precarious contracts of employment, regarding to which the culture of fraud of Law was hosted** —since 1984— **in Spain**. Since 1997, the Spanish Government and the social partners (the most representative employer associations and unions) have begun a **fighting aimed at expelling such squatter from our society**. Among the expelling tried measures, we can resume the following ones: (1) to limit the possibility of hiring precarious contracts only to temporary cases (determined work or service, casualties, and interim reliefs), which have anything to do with the structure of the normal or permanent activity of the enterprise; (2) to limit the maximum duration of the casual precarious contracts, even putting them a four years cap to the one of determined work or service; (3) to fight against the chain of precarious contracts in the same enterprise, making impossible for the worker to work more than 24 months in a 30 months period for only one enterprise, by means of chained precarious contracts; (4) to stop encouraging the hiring of precarious contracts, eliminating the public grants to employers who hire workers under such kinds of contracts, and at the same time, making more expensive the social security contributions corresponding to this last kind of hiring; and (5) to create an indefinite term contract of employment, but playing in a minor league, which encourages the employer to enter into it, although in exchange of making cheaper the severance pay in the case of its wrongful termination (this is the statutory called «encouraging the indefinite hiring» contract, and popularly the one «of 33 days»). **However**, despite all this panoply of measures, **the cancer of the fraudulent precarious hiring is still provoking its metastasis in the Spanish employer tissue**, with the consequence that Spain —also in this subject-matter— is different from the rest of the countries of the economic-cultural area we belong to.

§3. Logically, the European Union encourages all member States to expel the squatter of the fraud of Law from the fixed-term labor hiring. To these effects, its basic normative instrument is the Directive 1999/70/EC,

concerning the fixed-term work, in which it is clearly stated the basic rule that «employment contracts of an indefinite duration are the general form of employment relationships and contribute to the quality of life of the workers concerned and improve performance». **In front of the situation in our country, France and its Labor Code of 2008 show the most perfect model, not only to formalize the political principle of stability in employment, but also to efficiently fight against the fraud of Law in the precarious labor hiring, being it built around the five following anti-squatter measures:** (1) to limit —as in the case of Spain— the lawful hiring of precarious contracts only to temporary cases, but allowing the one of determined work or service only in season activities or where it is usual long time ago to use it; (2) to limit —as in the case of Spain too— the maximum duration of the casual precarious contracts, but putting the maximum cap of 18 months in every case; (3) to forbid the early termination of the precarious contract by economic, technical, organization, or productive reasons; (4) to impose to the employer the duty to pay to the terminated worker a severance pay —amazing, if measured with Spanish parameters— consisting of a ten per cent of the total gross remuneration earned by the worker during the term of his precarious contract of employment; and (5) a terrific repressive apparatus of criminal nature (as a consequence, with full starring not of the Labor Inspection, but of Public Prosecutors), which combines the imposition of fines (from 3,750 to 7,500 euros) and the imprisonment up to six months to the violator employer.

LA PRESTACIÓN DE TRABAJO Y LOS INTENTOS DE
DESPROFESIONALIZACIÓN DEL TRABAJADOR

Sumario: §1. Los cinco caracteres primordiales de la obligación de trabajar. §2. La consideración de la especialización profesional como un mal por nuestro legislador laboral, especialmente a partir de 1994. §3. Derecho comunitario sobre «flexiguridad» externa e interna.

§1. Desde el punto de vista del empresario, **la primera y principal de las obligaciones contractuales del trabajador es la obligación de trabajar**. Su regulación aparece desperdigada en muy diversos preceptos del Título I del Estatuto de los Trabajadores. Según ellos, sus rasgos caracterizadores primordiales son cinco. En primer lugar, **se trata de una obligación de hacer** —no de dar—, teniendo en cuenta que este hacer es lo que el Estatuto de los Trabajadores denomina «prestación laboral»¹. En segundo lugar, se trata de una obligación de hacer **de carácter personalísimo** o *intuitu personae* —esto es, sólo puede cumplirla personalmente el trabajador, pero no otra persona distinta actuando por él—, lo que explica que el Estatuto de los Trabajadores también afirme que el trabajador le debe al empresario precisamente «sus» servicios². En tercer lugar, se trata de una obligación **con un contenido a convenir entre ambas partes del contrato**, pues —según el Estatuto de los Trabajadores— «por acuerdo entre el trabajador y el empresario se establecerá el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo»³. En cuarto lugar, por paradójico que

¹ Artículo 22, apartado 5. Tratándose de una obligación de hacer, es claro que no resulta procedente en sentido jurídico estricto hablar de los «frutos» del trabajo, puesto que sólo las cosas (por ejemplo, los esclavos) pueden llegar a producirlos [acerca de los frutos «industriales» producidos por nuestros esclavos negros ultramarinos, y de los frutos «naturales» representados por los hijos que nuestras esclavas negras ultramarinas tenían, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Los pleitos de Derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (1857-1891)*, Civitas (Madrid, 2002), págs. 57-58]. Sobre la incompetencia actual de nuestros tribunales laborales para conocer de los litigios entre trabajador y empresario sobre «inveniones laborales» —metafóricamente hablando, «frutos» del trabajo—, véase artículo 123 de la Ley 11/1986, de 20 marzo, sobre régimen jurídico de las patentes de invención y modelos de utilidad.

² Artículo 1, apartado 1. En cambio, quien trabaja en virtud de un arrendamiento de servicios no asume necesariamente ninguna obligación personalísima de hacer, lo que permite distinguir por esta razón dicho contrato civil y el contrato de trabajo, en aquellos casos en que el trabajo prestado (como, por ejemplo, en el arrendamiento de servicios prestado en régimen de «igualdad») tiene carácter divisible (al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *La contratación laboral de servicios profesionales*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad [Santiago de Compostela, 1988], págs. 59 y ss.).

³ Artículo 22, apartado 5.

pueda resultar, se trata de una obligación **que el trabajador tiene derecho a cumplir**, lo que explica que el Estatuto de los Trabajadores —además de reconocer al trabajador su derecho «a la ocupación efectiva»⁴— regule igualmente las consecuencias jurídicas del retraso empresarial en recibir la prestación laboral⁵. **Y por supuesto**, en quinto lugar, se trata de una obligación que el trabajador **tiene el deber de cumplir**, mencionando el Estatuto de los Trabajadores como incumplimientos más típicos de la misma —susceptibles de llegar a provocar incluso el despido disciplinario— las faltas de asistencia al trabajo, las faltas de puntualidad en el trabajo y la disminución del rendimiento del trabajo. De estos cinco rasgos, el más inquietante para el trabajador —por encontrarse sujeto a un proceso de transformación muy profunda— es el tercero.

La inasistencia al trabajo durante la jornada y las impuntualidades en el trabajo —esto es, hurtar cualquier porción de la jornada que se le debe al empresario (llegando tarde, saliendo antes, abandonando momentáneamente el puesto de trabajo durante la jornada)— aparecen tipificadas como causa justa de despido disciplinario en el artículo 54, apartado 2, letra a), del Estatuto de los Trabajadores («las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo»). Lógicamente, el grado de repetición de las impuntualidades injustificadas tiene que ser mayor que el de las inasistencias injustificadas, dada su menor entidad. El grado de repetición intolerable de ambos tipos de faltas suele fijarlo el convenio colectivo aplicable en la empresa, aunque —en defecto de norma convencional— el precepto citado del Estatuto de los Trabajadores resulta directamente aplicable por los tribunales laborales, concluyendo en este caso la jurisprudencia —a propósito de ausencias injustificadas y continuas— que «si el número es superior a dos, el incumplimiento del trabajador se considera suficientemente grave para proceder a su despido»⁶.

También en cuanto que causa justa de despido disciplinario, la disminución de rendimiento aparece regulada en el artículo 54, apartado 2, letra e), del Estatuto de los Trabajadores («la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado»). Sobre esta base, rendimiento «normal» es el habitual en el puesto de trabajo de que se trate (como regla, medido por comparación con el rendimiento logrado por otros trabajadores que realizan la misma actividad), mientras que rendimiento «pactado» suele

⁴ Artículo 5, apartado 2, letra a). Sobre la cobertura de este derecho por el artículo 35, apartado 1, de la Constitución —en consecuencia, no se trata en nuestro país de ningún derecho constitucional fundamental, a diferencia de lo que ocurre en Alemania—, véase U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 65-66.

⁵ En su artículo 30 (rotulado «Imposibilidad de la prestación»), a cuyo tenor —que viene de muy antiguo— «si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacérsele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo». Acerca de los antecedentes de este precepto, al hilo de su referencia a «una vez vigente el contrato», véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El precontrato de trabajo en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 19 (1984), págs. 447 y ss.

⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 7 febrero 2002 (Aranzadi WESTLAW, referencia AS 2002/3305), con cita de reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al respecto.

ser el fijado en convenio colectivo, teniendo en cuenta que lo más frecuente es, a su vez, que los convenios colectivos regulen rendimientos variables (por aplicación de cualquiera de los procedimientos ergonómicos existentes, para la medición científica del trabajo)⁷. En esta concreta causa justa de despido, la nota de voluntariedad —el trabajador no quiere esforzarse— es lo que permite distinguirla de la ineptitud sobrevenida —el trabajador no puede esforzarse—, regulada como causa justa de despido objetivo (esto es, sin culpa del trabajador y, por tanto, con derecho a percibir indemnización del empresario) en el artículo 52, letra a), del Estatuto de los Trabajadores.

Evidentemente, caben incumplimientos de la obligación de trabajar no reconducibles a la inasistencia, las impuntualidades o la disminución de rendimiento. Es el caso —regulado en los convenios colectivos—, por ejemplo, de la «imprudencia o negligencia en el trabajo», especialmente si «de ellas derivasen perjuicios graves a la empresa, causaren averías a las instalaciones, maquinarias y, en general, bienes de la empresa o comportasen riesgo de accidente para las personas»⁸. Estos otros supuestos los encaja la jurisprudencia en la causa justa genérica de despido disciplinario regulada en el artículo 54, apartado 2, letra d), del Estatuto de los Trabajadores, relativa a «la transgresión de la buena fe contractual».

§2. En España, no resulta frecuente que el contrato de trabajo describa pormenorizadamente el contenido de la prestación laboral, procediendo a determinar directamente qué es lo que en concreto tendrá que hacer el trabajador para cumplir su obligación de trabajar. En vez de ello, **lo más frecuente es que las «funciones» del concreto puesto de trabajo ocupado por el trabajador se determinen indirectamente en su contrato, por remisión a una unidad funcional abstracta —definida en los convenios colectivos—, tradicionalmente llamada «categoría profesional»**. Este sistema —que conducía a la existencia de trabajadores especialistas (conserjes, chóferes, auxiliares administrativos, oficiales de 1ª, jefes de sección, etc.), entendiéndose por tales quienes dominaban las tareas correspondientes a una «categoría profesional»— era un sistema protector del trabajador, pues impedía al empresario poder exigirle funciones distintas a las de la concreta «categoría profesional» que dicho trabajador tuviese asignada.

La regulación del tema se remonta a la Ley de reglamentaciones nacionales de trabajo de 16 octubre 1942, que ordenaba que estas peculiares normas administrativas sectoriales debiesen contener la «clasificación del personal por especialidades profesionales, incluyendo las definiciones de todas y cada una de ellas»⁹.

⁷ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Salario variable por rendimiento: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales», *Actualidad Laboral*, núm. 46 (1988), págs. 2365 y ss.

⁸ Los ejemplos en cuestión se extraen del artículo 18, apartado 2, letra f), del «Acuerdo de Cobertura de Vacíos», citado *infra*, §2.

⁹ Artículo 11. La redacción originaria del Estatuto de los Trabajadores (de 1980) se veía obligada a referirse a las viejas reglamentaciones nacionales de trabajo y ordenanzas laborales, a propósito de este tema, afirmando que «la clasificación profesional se realizará por acuerdo entre el trabajador y el empresario, con sumisión y en los términos establecidos en los convenios colectivos y, en su defecto, en las *normas reglamentarias laborales*» (artículo 16, apartado 4).

Ahora bien, desde 1994, el legislador español pasó a considerar un mal la especialización profesional. Por ello, el artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores dispone hoy —**abriendo camino a** tres nuevos conceptos— lo siguiente: 1) que los convenios colectivos pueden sustituir las «categorías profesionales» por nuevas unidades funcionales abstractas —denominadas «**grupos profesionales**» (o también, «niveles»)—, teniendo en cuenta que estas nuevas unidades podrán «incluir tanto diversas categorías profesionales como diversas funciones o especialidades profesionales»¹⁰; 2) sobre esta base, que cabe pactar en el contrato de trabajo la denominada «**polivalencia funcional**», entendiéndose por tal «la realización de funciones propias de dos o más categorías, grupos o niveles»¹¹; y 3) en defecto de convenio colectivo o de pacto individual sobre el tema, que cabe exigir al trabajador la realización de funciones de otra «categoría profesional» distinta de la suya, supuesto que ambas **categorías** sean «**equivalentes**», a cuyo efecto «se entenderá que una categoría profesional es equivalente de otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación»¹². Sólo se impone al empresario un límite, por lo demás evidente —regulado en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores—, que es el respeto de «las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral»¹³.

El instrumento convencional que permitió a la gran patronal dar impulso a los cambios auspiciados por la reforma del Estatuto de los Trabajadores —siempre en relación con estas cuestiones— fue el «Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva» de 1997¹⁴. Según este acuerdo interprofesional, se trataría —precisamente en el plano de la negociación colectiva sectorial estatal— de «sustituir las categorías profesionales por grupos profesionales»¹⁵, teniendo en cuenta que «el Convenio Colectivo sectorial deberá precisar el procedimiento a seguir, para que en el nivel de empresa se pueda efectuar la adaptación de las viejas categorías laborales a los nuevos grupos profesionales»¹⁶. Esta aspiración programática fue luego reconducida a un modelo «real» de convenio colectivo sectorial estatal, verdaderamente «moderno» en materia de clasificación profesional, por el «Acuerdo de Cobertura de Vacíos» de 1997¹⁷.

¹⁰ Apartado 2.

¹¹ Apartado 5, párrafo segundo.

¹² Apartado 3.

¹³ Apartado 1, inciso primero.

¹⁴ *Boletín Oficial del Estado* de 6 junio 1997.

¹⁵ Apartado IV.3, párrafo primero.

¹⁶ *Ibidem*, párrafo tercero.

¹⁷ *Boletín Oficial del Estado* de 6 junio 1997. Acerca de él, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El acuerdo sobre cobertura de vacíos», *Tribuna Social*, núm. 83 (1997), págs. 97 y ss.

La Ley de Procedimiento Laboral —que regula con extrema parquedad un proceso laboral especial en materia de «clasificación profesional»¹⁸, en el que sólo se alude genéricamente a la «actividad» desarrollada por el trabajador— permanece todavía inmune al cambio, pues al proceder a regular el proceso laboral especial de despido, continúa exigiendo que el trabajador haga constar en su demanda su «categoría profesional»¹⁹; y luego, que entre los hechos que se estimen probados en la sentencia, conste de nuevo la «categoría profesional» correspondiente al trabajador despedido²⁰.

Por su parte, la normativa anual sobre cotización a la seguridad social aún sigue clasificando a los cotizantes en once «grupos de cotización», correspondientes a otras tantas «categorías profesionales» (que van desde «Ingenieros y Licenciados» hasta «Peones» y «Trabajadores menores de dieciocho años, cualquiera que sea su *categoría profesional*»).

Quizá la imagen más descarnada, pero real, de la nueva generación de trabajadores «polivalentes», llamada a sustituir —según pretende el Estatuto de los Trabajadores— **a nuestros trabajadores especialistas de siempre, la ofrece el primer convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal de 1995**, estipulado —del lado social— por CC.OO y UGT²¹. Se trataba de un convenio colectivo regulador de hasta ocho «niveles profesionales» distintos²². Y para probar el grado de «polivalencia» que exigía a los trabajadores cubiertos por él, baste indicar que su «nivel profesional 4» comprendía hasta dieciocho «actividades», pareciéndole a este convenio colectivo que un trabajador de ese nivel —con titulación de «Bachillerato Unificado Polivalente o Formación Profesional 2, complementada con formación específica en el puesto de trabajo»— debía poder ser capaz de realizar, por ejemplo, tareas de «Operador de ordenador», de «Taquimecanografía que alcance 100 palabras por minuto de taquigrafía y 270 pulsaciones en máquina, con buena presentación de trabajo de ortografía correcta, capaz de redactar directamente correo de trámite según indicaciones verbales con idioma extranjero»; de «Redacción de correspondencia comercial, cálculo de precios a la vista de ofertas recibidas, recepción y tramitación de pedido y hacer propuestas de contestación»; también, las que «consistan en establecer, en base a documentos contables, una parte de la contabilidad»; de «Cálculo de salarios y valoración de coste de personal», de «Tratamiento de textos con conocimiento de idioma extranjero», de «Conducción o conducción con reparto, con permiso de conducir de la clase C, D, E, entendiendo que pueden combinar la actividad

¹⁸ Cfr. su artículo 137.

¹⁹ Artículo 104, letra a).

²⁰ Artículo 107, letra c).

²¹ Cfr. *Boletín Oficial del Estado* de 21 abril 1995.

²² Cfr. su Capítulo IV (rotulado «Clasificación profesional»), artículo 18.

de conducir con el reparto de mercancías»; de «Vendedores especializados, etcétera», o de «Supervisión del mantenimiento de maquinaria, orientación al público, atención de centralitas telefónicas ocasionalmente, vigilancia de los puntos de acceso y tareas de portería, recibiendo los partes de avería y dándoles traslado al servicio de mantenimiento».

El segundo convenio colectivo estatal del sector mantuvo la regulación de este tema²³, aunque —tras el varapalo salarial dado a las empresas de trabajo temporal con la promulgación de la Ley 29/1999, de 16 julio— se volatilizó a partir del tercero²⁴, pasando a regular sólo la clasificación profesional del personal «de estructura»²⁵.

§3. El Derecho de la Unión Europea apuesta también ahora decididamente contra la especialización profesional, al haber adoptado como guía de su política de empleo —desde el año 2006— el modelo danés de «flexiguridad [flexicurity]», basado en las tres ideas siguientes: 1) la **continua rotación de un trabajador entre empleos distintos**, con objeto de lograr la mayor empleabilidad posible a lo largo de su vida laboral; 2) el **reforzamiento de la protección por desempleo**, para así asegurar al trabajador ingresos económicos equiparables a los salariales, mientras carezca de empleo; y 3) el **reforzamiento de la formación profesional**, al efecto de facilitar las transiciones entre períodos de desempleo y períodos de acceso por el trabajador a un nuevo empleo²⁶. Lógicamente, **este modelo de «flexiguridad» —externa a la empresa— resulta susceptible de aplicarse igualmente dentro de la propia empresa, a través de lo que la documentación comunitaria denomina «flexibilidad funcional [functional flexibility]» —a llevarse a cabo por medio de la negociación colectiva²⁷— o «flexiguridad interna», del todo equivalente a la «polivalencia funcional» regulada en nuestro Estatuto de los Trabajadores, de que antes se habló. El espaldarazo comunitario a esta «flexiguridad» (externa e interna) aparece ahora contenido en la Decisión**

²³ Cfr. *Boletín Oficial del Estado* de 3 marzo 1997.

²⁴ Cfr. *Boletín Oficial del Estado* de 10 noviembre 2000.

²⁵ Cfr. su Capítulo IV («Clasificación profesional del personal de estructura»), artículo 21.

²⁶ Acerca del tratamiento del tema en la Comunicación de las Comunidades Europeas al Consejo Europeo de Primavera, fechada en Bruselas el 12 noviembre 2006, sobre ejecución de la estrategia de Lisboa renovada para el crecimiento y el empleo [COM (2006) 816 final], véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Mercado de trabajo y protección social. Su consideración desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea y de las principales reformas legislativas operadas en España, en el bienio 2006-2007», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, vol. 12 (2008), págs. 619-620.

²⁷ Véase Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La flexiguridad (dimensión de la flexibilidad interna — la negociación colectiva y el papel del diálogo social como instrumentos para la regulación y reforma de los mercados de trabajo)» (*Diario Oficial de la Unión Europea Serie C*, núm. 256, de 27 octubre 2007), apartado 6.

2010/707/UE del Consejo, de 21 octubre 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros²⁸, sucesivamente prorrogadas con posterioridad a 2010, pues una de estas orientaciones se refiere precisamente a que «los Estados miembros deberán integrar en sus políticas de mercado laboral los principios de flexibilidad y seguridad laboral (“flexiguridad”) refrendados por el Consejo Europeo»²⁹, debiendo «prestarse también la adecuada atención, juntamente con los interlocutores sociales, a la flexiguridad interna en el lugar de trabajo»³⁰.

En materia de «flexiguridad», si se compara lo exigido a los diversos Estados miembros, sólo cabe hablar de una actitud verdaderamente hipócrita de la Unión Europea³¹.

No deja de resultar sintomático que la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 noviembre 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, aluda también entusiásticamente a la «flexiguridad», afirmando que «además, el Consejo Europeo de diciembre de 2007 dio su respaldo a los principios comunes acordados en materia de flexiguridad que mantienen un equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad en el mercado de trabajo y que contribuyen a que tanto los trabajadores como los empresarios aprovechen las oportunidades que ofrece la globalización»³².

El Derecho tradicional europeo sobre la prestación de trabajo se reduce a la afirmación que efectúa la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 octubre 1991, sobre la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, relativa a que este deber comprende el de informar por escrito al trabajador, entre otros varios «elementos esenciales» del contrato, sobre «la denominación, el grado, la calidad o la categoría del puesto de trabajo que desempeña el trabajador», y sobre «la caracterización o la descripción resumidas del trabajo»³³.

²⁸ *Diario Oficial de la Unión Europea Serie L*, núm. 308, de 24 noviembre 2010.

²⁹ Cfr. Orientación núm. 7, párrafo primero, inciso primero.

³⁰ *Ibidem*, inciso cuarto.

³¹ Véase A. ARUFE VARELA, «“Flexiguridad” laboral danesa y “rigiseguridad” laboral alemana (La sesgada exigencia del cumplimiento de la directriz europea sobre “flexiguridad” laboral sólo a algunos Estados miembros)», *Aranzadi Social*, núm. 7-8 (2008), págs. 97 y ss.

³² Considerando 9.

³³ Artículo 2, apartado 2, letra c). Transponiendo esta norma comunitaria, el Real Decreto 1659/1998, de 24 julio, habla de informar sobre «la categoría o el grupo profesional del puesto de trabajo que desempeñe el trabajador o la caracterización o la descripción resumida del mismo, en términos que permitan conocer con suficiente precisión el contenido específico del trabajo» [artículo 2, apartado 2, letra d)]. Como se sabe, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social descafeína totalmente dicho deber, al considerar infracción administrativa meramente «leve» del empresario —sancionable con multa de como máximo 625 euros— «no informar por escrito al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, en los términos y plazos establecidos reglamentariamente» (artículo 6, apartado 4).

Lesson 6

**THE RENDERING OF WORK AND THE ATTEMPTS OF NOT GIVING A
PROFESSIONAL STATUS TO THE WORKER**

Contents: §1. *The main five characters of the rendering of work duty.* §2. *The professional status as an evil, according to our employment legislator, specially since 1994.* §3. *Community Law about external and internal «flexicurity».*

§1. From the employer viewpoint, **the main and principal of the workers' contract obligations is the duty of rendering work.** Its ruling is scattered in many different sections of Title I of the Workers' Statute. According to them, its main characters are five. Firstly, **it is an obligation of doing** —not of giving—, bearing in mind that this doing is what the Workers' Statute calls «labor performance». Secondly, it is an obligation of doing **with an ultrapersonal** or *intuitu personae* character —that is, it can only be personally discharged by the worker, but not by means of other different individual acting by him—, what explains that the Workers' Statute also states that the workers owes to the employer just «his» services. Thirdly, it is an obligation **with a content to be agreed between both parties of the contract**, because —according to the Workers' Statute— «by means of an agreement between the worker and the employer shall be stated the content of the labor performing which is the matter of the contract of employment». Fourthly, despite the fact of being paradoxical, it is an obligation **that the worker has the right to fulfil**, what explains that the Workers' Statute —apart from recognizing to the worker his right «to effective employment»— likewise rules the legal consequences of the employer tardiness in getting the labor performance. **And of course**, fifthly, it is an obligation that the worker **ought to fulfil**, bearing in mind that the Workers' Statute mentions as the most typical violations of it —to be even chargeable with the disciplinary dismissal— the attendance at the job offences, the tardiness offences, and the decreasing of the work achievement. Among these five characters, the most troubling for the worker —because it is under a deep transformation process— is the third one.

§2. In Spain, it is not usual that the contract of employment minutely describes the content of the labor performance, by means of the direct statement of what in particular the worker ought to do for fulfilling its duty of rendering work. On the contrary, **it is more usual that the «functions» of the specific worker’s job are indirectly determined in his contract, by remitting to an abstract functional unit —defined by the collective bargaining agreements—, and traditionally called «professional category».** This system —which led to the existence of specialized workers (janitors, chauffeurs, office secretaries, 1st rank officials, department supervisors, and so on), considering such those people who mastered the tasks corresponding to a «professional category»— was a protective system for the worker, because it prevented to the employer the requirement to the worker of functions other than those of the specific «professional category» assigned to that worker.

However, since 1994, the professional specialization has become an evil for the Spanish legislator. Therefore, section 22 of the Workers’ Statute states today —opening a way to three new concepts— the following one: (1) that the collective bargaining agreements can replace the «professional categories» by new abstract functional units —called «professional groups» (or «levels», too)—, bearing in mind that these new units shall «include several professional categories as well as several functions or professional specialities»; (2) on this basis, that it is possible to agree in the contract of employment the so-called «functional polyvalence», considering such «the performance of functions pertaining to two or more categories, groups, or levels»; and (3) in the event of non existence of collective bargaining agreement or individual contract on the subject, that it is possible to require to the worker the performance of functions other than the ones of his «professional category», supposing that units at issue are «equivalent» categories, bearing in mind that «it will be considered that a professional category is equivalent to another when the necessary professional skill to perform the specific functions of the former allows to carry out the basic labor performances of the latter, after the taking, if necessary, of single training or adaptation processes». It is only imposed a limit to the employer, anyway evident —ruled in section 39 of the Workers’ Statute—, which is the respect of «the professional or academic degrees needed to carry out the labor performance».

Maybe the most naked, but real, image of the new generation of «polyvalent» workers, called to replace —according to the Workers’

Statute— **our traditional specialist workers, is shown by the first statewide collective bargaining agreement for temporary agencies of employment of 1995**, entered —from the labor side— into CC.OO. and UGT. It was a collective bargaining agreement ruling up to eight different «professional levels». And to prove the polyvalence degree required to the workers covered by it, it is sufficient to point out that its «professional level No. 4» involved up to eighteen «activities», bearing in mind that to this collective bargaining agreement a worker with such a level —with a «High School Degree or Professional Training No. 2 Degree, supplemented with a specific training for the job»— ought to be able to perform, for example, the tasks of «computer operator», of «typewriting over 100 words a minute and 270 keystrokes, with a good presentation of the work with correct orthography, able to directly write ordinary mail according to oral indications, in a foreign language»; of «Writing of commercial mailing, calculation of prices in view of made offers, getting and proceeding of orders and making proposals for answer»; also the ones «consisting of setting, on the basis of accounting documents, a part of the accounts»; «calculation of salaries and assesment of the personal costs», «text processing with the knowledge of foreign language»; «driving or delivery driving with C, D, E class driving licence, bearing in mind that they can combine the driving activity with that of delivering goods»; «Specialized sellers, and so on», «Supervision of the machinery maintenance, orientation to the public, occasional attendance of call centers, control of entrance points and tasks as janitor, getting the breakdown forms and giving notice of them to the maintenance service».

§3. **The Law of the European Union** also firmly bets nowadays **against the professional specialization, because it has adopted** as a guide of its employment policy —since 2006— **the Danish model of «flexicurity», based on the three following ideas:** (1) the **continuous rotation of a worker in different jobs**, with the purpose of reaching the most possible employability during his labor lifetime; (2) the **reinforcement of the unemployment protection**, to so ensure to the worker economic earnings equivalent to the salaried ones, while he is jobless; and (3) the **reinforcement of the professional training**, to ease the transitions between unemployment periods and periods of getting of a new job for the worker. Logically, **this model of —external to the enterprise— «flexicurity» is able to be likewise applied inside the enterprise itself, by means of what the Community papers call «functional flexibility»**

—to be performed by means of the collective bargaining— **or «internal flexicurity»**, which is fully equivalent to the «functional polyvalence» ruled in our Workers’ Statute, and above cited. The Community backing to this (external and internal) «flexicurity» is nowadays contained in the Decision 2010/707/EU of the Council, of October 21st, 2010, on guidelines for the employment policies of the member States, later prorogated since 2010, because one of these guidelines just refers to that «member States should integrate the flexicurity principles endorsed by the European Council into their labour market policies», bearing in mind that «together with the social partners, adequate attention should also be paid to internal flexicurity at the work place».

Tema 7

**LA JORNADA DE TRABAJO, MÁXIMA CASI
A VOLUNTAD DEL EMPRESARIO**

Sumario: §1. Las fuentes legales reguladoras de la jornada. §2. El empeoramiento para el trabajador de las jornadas diaria y semanal. §3. Derecho comunitario y comparado sobre «flexibilidad» de la jornada.

§1. La jornada de trabajo es el tiempo que el trabajador dedica a cumplir su contrato de trabajo. Está regulada en la Sección Quinta del Capítulo II del Título I del Estatuto de los Trabajadores, artículos 34 a 38, habiendo sido parcialmente reglamentados estos preceptos por el Real Decreto 1561/1995, de 21 septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. Etimológicamente hablando, «jornada» es el trabajo de un día, al igual que «jornal» era el salario cobrado por ese día de trabajo. En la actualidad, sin embargo, **existe una jornada diaria, una jornada semanal y una jornada anual.** El legislador delimita positivamente estas tres jornadas (indicando cuántas horas comprenden), pero también las delimita negativamente (señalando cuántas horas tiene derecho el trabajador a descansar al día, a la semana y al año)¹. Así, **en cuanto a la jornada diaria, la regla general es que «el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve»²**, teniendo en cuenta —aquí aparece el descanso diario, de carácter no retribuido— que «entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas»³. **En cuanto a la jornada semanal, la regla general es que «la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas»⁴**, teniendo en cuenta —el descanso semanal tiene, en cambio, carácter retribuido— que «los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal ... de día y medio ininterrumpido que, como

¹ Los permisos retribuidos a que se refiere el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, a pesar de su carácter no periódico, también contribuyen a delimitar negativamente la jornada diaria (si se trata, por ejemplo, de permisos horarios), la jornada semanal (si se trata de permisos que duren al menos un día, y menos de seis días) y la jornada anual (es el caso, por ejemplo, del permiso de «quince días naturales en caso de matrimonio»).

² Artículo 34, apartado 3, párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores.

³ Artículo 34, apartado 3, párrafo primero, del Estatuto de los Trabajadores.

⁴ Artículo 34, apartado 1, párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores.

regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo»⁵. **Y en cuanto a la jornada anual, la regla general es que no cabe trabajar más de 1826 horas ordinarias al año**⁶ (esta regla sólo conoce, en principio, la excepción relativa a la posibilidad de realizar adicionalmente 80 horas extraordinarias al año)⁷, teniendo en cuenta —aquí está la delimitación negativa de la jornada anual— que el trabajador tiene derecho a «vacaciones anuales *retribuidas*» (cuya duración «en ningún caso ... será inferior a treinta días naturales») ⁸, y además, al disfrute de «fiestas laborales, que tendrán carácter *retribuido* y no recuperable» (estos días festivos, por su parte, «no podrán exceder de catorce al año») ⁹. **Tradicionalmente, podía hablarse de que existía una jornada máxima diaria y una jornada máxima semanal, pero en la actualidad sólo cabe hablar de que existe una jornada máxima anual, pues —desde 1994— la duración legal de la jornada diaria y de la jornada semanal tiene carácter meramente orientativo**, visto no sólo que cabe mejorar esa duración por pacto individual o colectivo (por ejemplo, para trabajar 35 horas semanales), sino que también cabe empeorarla (exigiéndole al trabajador que trabaje más de lo legalmente previsto), en las condiciones que veremos seguidamente.

El tope de las ochenta horas extraordinarias al año resulta ser sólo un trampantojo, puesto que —según el Estatuto de los Trabajadores— dentro de ese tope «no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización»¹⁰.

Con cita de las principales fuentes normativas y jurisprudenciales aplicables a las vacaciones (incluido el Convenio núm. 132 de 1970 de la OIT y la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo), la decisión judicial más decisiva sobre el tema es una Sentencia unificadora de doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, constituida en Sala General, de 24 junio 2009¹¹, relativa al impacto de la situación de incapacidad temporal (y lo mismo podría decirse de la situación de maternidad) sobre las vacaciones, según la cual el empresario soporta el riesgo de ese impacto si la situación de incapacidad temporal se produce antes de la fecha de disfrute del período vacacional (en consecuencia, tendrá que reprogramar las vacaciones del trabajador en cuestión), mientras que el trabajador soporta el riesgo si la situación se produce precisamente durante el disfrute del período vacacional.

⁵ Artículo 37, apartado 1, párrafo primero, inciso primero, del Estatuto de los Trabajadores.

⁶ Este cálculo aparece efectuado en la disposición adicional séptima, apartado 1.2ª, letra a), de la vigente Ley General de Seguridad Social, a propósito de las «normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial».

⁷ Cfr. artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores.

⁸ Artículo 38, apartado 1, inciso segundo, del Estatuto de los Trabajadores.

⁹ Artículo 37, apartado 2, inciso primero, del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁰ Artículo 35, apartado 2, párrafo segundo.

¹¹ *Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2009/4286.

En la Administración General del Estado —siempre modélica para el resto de las Administraciones públicas— y respecto de sus funcionarios, la regla general es la «jornada de mañana», con «horario fijo» de lunes a viernes, aunque con un margen de flexibilidad horaria, al efecto de completar su jornada «de treinta y siete horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual» (jornada «equivalente a mil seiscientos cuarenta y siete horas anuales»)¹².

§2. En lo tocante a **la jornada legal diaria, puede empeorarse** su régimen legal —obligando al trabajador, en consecuencia, a trabajar más de nueve horas al día—, **siempre y cuando así lo establezca el convenio colectivo aplicable** (en principio, las horas a trabajar por el trabajador son hasta «nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario»)¹³, facilitando que ocurra este tipo de distribuciones irregulares el hecho de que en todo el «sector servicios» (oficinas, hostelería, comercio, etc.) la regla del descanso diario no es ninguna regla imperativa, según dispone el citado Real Decreto 1561/1995 (en todo este sector económico, en consecuencia, cabe «que no resulte posible el disfrute por el trabajador ... de un descanso ininterrumpido de doce horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente»)¹⁴. Y **en cuanto a la jornada legal semanal, el eventual empeoramiento resulta posible porque su duración de hasta cuarenta horas lo es sólo «de promedio en cómputo anual»**¹⁵, afirmándose de nuevo legalmente que «mediante convenio colectivo, o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año»¹⁶ (por ejemplo, 50 horas una semana y 30 horas a la siguiente), facilitando aquí la distribución irregular el hecho de pueda suprimirse el descanso semanal del trabajador (al que podría llegar a exigírsele, por ejemplo, una jornada de 60 ó 65 horas semanales), pues el descanso de fin de semana resulta legalmente «acumulable por períodos de hasta catorce días»¹⁷. Supuesto que el convenio colectivo aplicable no regule semejante distribución irregular del tiempo de trabajo diario o semanal, el Estatuto de los

¹² Al respecto, véase Resolución de 20 diciembre 2005, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios del personal civil al servicio de la Administración General del Estado (*Boletín Oficial del Estado* de 27 diciembre 2005).

¹³ Artículo 34, apartado 3, párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴ Artículo 22, apartado 1.

¹⁵ Artículo 34, apartado 1, párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁶ Artículo 34, apartado 2, inciso primero, del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁷ Artículo 37, apartado 1, párrafo primero, inciso primero, del Estatuto de los Trabajadores.

Trabajadores admite —para flexibilizar el asunto— no sólo que quepa distribuir irregularmente hasta un «cinco por ciento» de la jornada anual¹⁸, sino también que el empresario —si ese porcentaje no le llegase— se descuelgue de la correspondiente regulación convencional colectiva, supuestamente rígida, mediante la puesta en marcha del procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (modificación expresamente autorizada, desde la reforma laboral de 2010, también en lo tocante a «horario y *distribución del tiempo de trabajo*»)¹⁹.

La utilización de este procedimiento —de regulación casi laberíntica, contenida en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores— exige distinguir dos supuestos de hecho, según que el convenio colectivo de partida sea estatutario o «extraestatutario»²⁰. En efecto, si el convenio colectivo que prohíbe la distribución irregular es un convenio colectivo «extraestatutario», entonces al empresario le basta iniciar un período de consultas con los representantes de sus trabajadores (no más de quince días), transcurrido el cual puede ya comunicar a los trabajadores afectados —aunque no haya habido acuerdo con sus representantes— la distribución irregular impuesta por él, que tendrá efectividad una vez transcurridos treinta días. En cambio, si el convenio colectivo que prohíbe la distribución irregular es un convenio colectivo estatutario, entonces el empresario necesita el acuerdo con los representantes de sus trabajadores (eventualmente sustituible por laudo arbitral), teniendo en cuenta que este acuerdo (o el laudo sustitutorio), si es que se refiere a convenios colectivos estatutarios de sector, «deberá tener un plazo máximo de vigencia que no podrá exceder de la vigencia del convenio colectivo cuya modificación se pretenda».

Por supuesto, la distribución irregular de la jornada impide o dificulta la conciliación de la vida personal y familiar con la vida laboral del trabajador que la padece, lo que explica que los propugnadores de dicha conciliación apuesten decididamente por el contrato de trabajo a tiempo parcial (trabajando menos y, en consecuencia, cobrando menos).

Lógicamente, el «calendario laboral» —cuya elaboración anual y exposición en el centro de trabajo prevé el Estatuto de los Trabajadores²¹— presupone una distribución regular del tiempo de trabajo a lo largo del día, de la semana y del año.

§3. El Derecho de la Unión Europea es el causante de que la jornada semanal de trabajo haya pasado a ser una mera condición orientativa de trabajo —ideal, como es lógico, para desorientar y despistar a los Inspectores de Trabajo—, que el empresario puede estirar y encoger casi a su entera voluntad, **pues la Directiva 2003/88/CE**, regulando determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, **apuesta crudamente por lo que denomina la «flexibilidad» del**

¹⁸ Cfr. artículo 85, apartado 3, letra 1), número 1º, del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁹ Artículo 41, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores.

²⁰ Sobre esta distinción, véase *infra*, Tema 16.

²¹ Artículo 34, apartado 6.

tiempo de trabajo²². En efecto, esta Directiva establece, en su artículo 6 (rotulado «Duración máxima del tiempo de trabajo semanal»), que «la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de 7 días»²³, pero teniendo en cuenta que esto es sólo un promedio («duración *media*», recuérdese), cabiendo que los Estados miembros establezcan en su legislación «un período de referencia que no exceda de cuatro meses»²⁴ —en que poder estirar y encoger dicha jornada semanal—, e incluso, que los interlocutores sociales estatales o regionales «establezcan períodos de referencia que en ningún caso excederán de 12 meses»²⁵. La propia Directiva certifica que la jornada semanal —la más importante para el trabajador— ha dejado de ser una verdadera condición mínima de trabajo, al permitir el pacto individual de inaplicación de dicha jornada de trabajo, aun a pesar de haber sido fijada por la Ley o por el convenio colectivo —pacto individual en contra, desconocedor de la completa posición de inferioridad en que se encuentra el trabajador individual frente a su empresario, a pesar de lo cual resulta actualmente posible estipularlo en Gran Bretaña y Alemania²⁶—, afirmando **con claro tufillo decimonónico** que «siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, un Estado miembro podrá no aplicar el artículo 6 [sobre jornada semanal supuestamente máxima, recuérdese], a condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar que ... ningún empresario solicite a un trabajador que trabaje más de 48 horas en el transcurso de un período de siete días ..., *salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo*»²⁷.

En la legislación británica se afirma con todo desparpajo —aunque parezca increíble— que cabe el pacto individual entre trabajador y empresario (eso sí, «por escrito [*in writing*]»), incluso de vigencia indefinida (puede «referirse a un período especificado o

²² Según ella, «habida cuenta de las posibles repercusiones de la ordenación del tiempo de trabajo en las empresas, parece oportuno prever cierta flexibilidad en la aplicación de determinadas disposiciones de la presente Directiva, al tiempo que se garantiza el cumplimiento de los principios de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores» (considerando 15).

²³ Letra b).

²⁴ Artículo 16, letra b).

²⁵ Artículo 19, párrafo segundo.

²⁶ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 187 y ss.

²⁷ Artículo 22, apartado 1, letra a).

aplicarse indefinidamente [*relate to a specified period or apply indefinitely*]), para trabajar en exceso sobre la «jornada máxima semanal de trabajo»²⁸.

En la legislación alemana se indica asimismo que «sólo puede ser prolongada la jornada de trabajo cuando el trabajador ha consentido por escrito»²⁹, aunque teniendo en cuenta que «el trabajador puede revocar por escrito el consentimiento con un plazo de seis meses»³⁰, y que «el empresario no puede perjudicar al trabajador por causa de que éste no ha declarado el consentimiento para la prolongación de la jornada o ha revocado el consentimiento»³¹.

La legislación norteamericana regula, por supuesto, la «jornada máxima [*maximum hours*]» federal³², afirmando que «ningún empresario empleará a ninguno de sus trabajadores ... por una semana laboral mayor de cuarenta horas [*for a workweek longer than forty hours*]»³³, aunque con dos especificidades que resultan laboralmente antipáticas, visto: 1) que las «horas extraordinarias [*overtime*]» son libres, puesto que la citada jornada de cuarenta horas no puede sobrepasarse «salvo que dicho trabajador reciba compensación por su trabajo en exceso sobre las horas recién especificadas a un nivel no menor de vez y media el nivel ordinario en que ha sido empleado [*at a rate no less than one and one-half times the regular rate at which he is employed*]»³⁴; y 2) que cabe asimismo promediar esta jornada máxima federal, «en cumplimiento de un convenio colectivo estipulado como resultado de la negociación colectiva con representantes de los trabajadores certificados como [representantes] de buena fe por la Oficina Nacional de Relaciones Laborales», en el que se disponga, por ejemplo, que «ningún trabajador será empleado más de mil cuarenta horas durante un período de veintiséis semanas consecutivas»³⁵.

²⁸ Cfr. secciones 4 y 5 del Reglamento de Jornada (*Working Time Regulations*) de 1998.

²⁹ Cfr. parágrafo 7, apartado 7, inciso primero, de la Ley del Tiempo de Trabajo (*Arbeitszeitgesetz*) de 1994. Nuestra traducción íntegra de la misma, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 144 y ss.

³⁰ Parágrafo 7, apartado 7, inciso segundo.

³¹ *Ibidem*, inciso tercero.

³² Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., pág. 192.

³³ Sección 207(a)(1) del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Sección 207(b) del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

Contents: §1. *The legal sources ruling working time.* §2. *The making worse of daily and weekly working time for the worker.* §3. *Community and Comparative Law about «flexibility» of working time.*

§1. Working time is the time spent by the worker to fulfil his contract of employment. It is ruled in the Fifth Subchapter of Chapter II of Title I of the Workers' Statute, sections 34 to 38, partially regulated by the Royal Decree 1561/1995, of September 21th, on special working time. Etymologically speaking in Spanish, «*jornada*» is the work of a day, as well as «*jornal*» was the salary earned for that working day. Nowadays, however, **there exists a daily working time, a weekly working time, and a yearly working time.** The legislator positively defines these three kinds of working time (stating how many hours they each embrace), but he also negatively defines them (stating how many hours the worker is entitled to rest a day, a week, or a year). So, **regarding the daily working time, the general rule is that «the number of ordinary hours of effective work can not be more than nine»**, bearing in mind —here is the daily, non paid rest— that «between the end of a daily working time and the beginning of the following one shall be, as a minimum, twelve hours». **Regarding the weekly working time, the general rule is that «the maximum duration of the weekly ordinary working time shall be forty hours»**, bearing in mind —the weekly rest has, on the contrary, a paid character— that «the workers are entitled to a minimum weekly uninterrupted rest ... of one day and a half, which, as a general rule, shall cover the evening of the Saturday or, in its case, the morning of the Monday and the whole Sunday». **And regarding the yearly working time, the general rule is the impossibility of working more than 1826 ordinary hours a year** (this rule only has, in principle, the exception relating to the possibility of additional doing 80 overtime hours a year), bearing in mind —here is the negative definition of the yearly working time— that the worker is entitled to «yearly *paid* vacation» (the duration of which «in any case ... will not be lesser than thirty calendar days»), and furthermore,

to enjoy «labor holidays, which will have a *paid* and non recoverable character» (these holidays, on their hand, «can not be more than fourteen a year»). **Traditionally, it was possible to speak about the existence of a maximum daily working time and a maximum weekly working time, but nowadays it is only possible to speak about the existence of a maximum yearly working time, because —since 1994— the statutory length of the daily working time and of the weekly working time has a merely orientative character**, supposing that it is possible not only to improve such duration by means of individual or collective agreement (for example, to work 35 hours a week), but also to make it worse (requiring to the worker more hours than the ones statutory provided for), under the conditions we will immediately see.

§2. Regarding the daily working time, it is possible to make worse its statutory regime —compelling the worker, as a consequence, to work more than nine hours a day—, **inasmuch as it is so stated by the applicable collective bargaining agreement** (in principle, the hours the worker must work are up to «nine daily ones, unless the collective bargaining agreement or, lacking it, the agreement between the enterprise and the statutory workers' representatives states another distribution of the daily working time»), bearing in mind that this kind of irregular distributions is possible, in the whole «branch of services» (offices, hotels, shopping, and so on), because the rule of the daily rest is not any mandatory one, according to the above cited Royal Decree 1561/1995 (in this branch, as a consequence, it is admissible «the impossibility of being enjoyed by the worker ... an uninterrupted rest of twelve hours between the end of a daily working time and the beginning of the following one»). **And regarding the weekly working time, the admissible making worse is possible because its duration up to forty hours is only a «yearly average»**, stating the Act again that «by means of collective bargaining agreement, or lacking it, of agreement between the enterprise and the statutory workers' representatives, it will be possible to set the irregular distribution of the working time along a year» (for example, 50 hours a week, and 30 hours the following one), bearing in mind here that the irregular distribution is possible because the worker's weekly rest can be eliminated (for example, it is possible to require him 60 or 65 working time hours a week), because the weekend rest is statutory «accumulable for periods of up to fourteen days». Supposing that the applicable collective bargaining agreement does not rule such an irregular distribution of the

daily or weekly working time, the Workers' Statute tolerates—to make flexible the subject—not only the possibility of irregular distribution up to a «five per cent» of the yearly working time, but also that the employer—if this percentage was not enough—opts-out of the corresponding collective agreed regulation, supposedly rigid, by means of the proceeding of substantial modification of the conditions of employment (a expressly authorized modification, since the labor reform of 2010, also regarding to «timetable and *distribution of the working time*»).

§3. The Law of the European union has caused that the weekly working time became a mere orientative condition of employment—ideal, as it is logical, to disorientate and to confuse to the Labor Inspectors—, which the employer can stretch and schrink early at his will, **because the Directive 2003/88/EC**, ruling some aspects of the working time, **rawly bets by the so-called «flexibility» of the working time**. Indeed, this Directive states, in its article 6 (headed «Maximum weekly working time»), that «the average working time for each seven-day period, including overtime, does not exceed 48 hours», but bearing in mind that this is only an average («the *average* working time», let us remember), and being possible for the legislation of the member States to provide for «a reference period not exceeding four months»—in which is possible to stretch and schrink such weekly working time—, and even, for the social State or Regional partners to «set reference periods in no event exceeding 12 months». The own Directive certifies that the weekly working time—the most important for the worker—is not yet a true condition of employment, in allowing the individual agreement to exclude the application of such working time, despite the fact that it is set by the Act or the collective bargaining agreement—a contrary individual agreement, which disregards an inferiority position of the individual worker in front of his employer, what does not prevent the possibility of lawful entering into it in Great Britain and Germany—, stating **with a clear nineteenth-century whiff** that «A Member State shall have the option not to apply Article 6 [about the supposedly maximum weekly working time, let us remember], while respecting the general principles of the protection of the safety and health of workers, and provided it takes the necessary measures to ensure that ... no employer requires a worker to work more than 48 hours over a seven-day period, calculated as an average for the reference period referred to in Article 16(b), *unless he has first obtained the worker's agreement to perform such work*».

**EL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL Y SU CUANTÍA
MANIFIESTAMENTE INADECUADA**

Sumario: §1. Las fuentes legales reguladoras del salario. §2. El salario mínimo interprofesional español. §3. Derecho comunitario, del Consejo de Europa y comparado sobre la cuantía del salario mínimo interprofesional.

§1. Desde el punto de vista del trabajador, **la obligación contractual más importante del empresario es la obligación de retribuir el trabajo prestado**. Está regulada en la Sección Cuarta del Capítulo II del Título I del Estatuto de los Trabajadores, artículos 26 a 33, bajo el rótulo genérico «Salarios y garantías salariales». A diferencia de la obligación de trabajar —que es una obligación de hacer—, la obligación de retribuir el trabajo prestado **es una obligación de dar**, que el empresario cumple mediante la entrega al trabajador del «salario» (normalmente, **una cantidad de dinero**)¹. Se trata de una obligación **que el empresario tiene que cumplir puntual y periódicamente**, teniendo en cuenta que «el período de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes»² —por excepción, existen complementos salariales de vencimiento periódico superior al mes, como las dos pagas extraordinarias que el trabajador tiene derecho a cobrar cada año («una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad»)³—, y que si el empresario no es puntual en el pago, incurre entonces en mora o retraso («el interés por mora en el pago del salario será el 10 por 100 [anual] de lo adeudado»)⁴. **Además**, se trata de una obligación que el empresario **tiene el deber de documentar, mediante la entrega al trabajador de un recibo** —popularmente llamado «nómina»—, en el que han de constar «con la debida claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan»⁵ (estas últimas referidas, como regla, a impuestos y cotizaciones de seguridad social). Dado que el trabajador vive de su salario, resulta lógico

¹ Según el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, «en ningún caso ... el salario en especie [esto es, en cosas distintas del dinero] podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador» (apartado 1, párrafo segundo).

² Artículo 29, apartado 1, párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores.

³ Cfr. artículo 31 del Estatuto de los Trabajadores.

⁴ Artículo 29, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores.

⁵ Artículo 29, apartado 1, párrafo cuarto, del Estatuto de los Trabajadores, reglamentado en este concreto punto por una Orden Ministerial de 27 diciembre 1994, que aprueba el modelo de recibo individual de salarios.

que existan normas orientadas a protegerlo. Estas normas son las relativas a las «garantías salariales», que el Estatuto de los Trabajadores activa cuando el empresario no puede hacer frente al pago de los salarios, sobre todo por encontrarse en situación de crisis.

Estas garantías —que normalmente presuponen la concurrencia de los trabajadores con otros acreedores del empresario (proveedores, bancos, Tesorería General de la Seguridad Social, etc.)— son, en lo esencial, de dos clases. En primer lugar, las preferencias de los créditos salariales sobre otros créditos del empresario⁶, muy perjudicadas cuando el empresario se encuentra en situación de concurso, pues en este caso —según la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal— prevalecen los créditos hipotecarios sobre cualquier tipo de crédito salarial⁷. En segundo lugar, la intervención del Fondo de Garantía Salarial —organismo público nutrido con aportaciones efectuadas por todos los empresarios, cuya existencia da cumplimiento formal a lo dispuesto en la Directiva 2008/94/CE, sobre protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario⁸—, que no sólo asegura a los trabajadores el pago de determinados salarios pendientes de cobro, sino también el cobro de ciertas indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo⁹.

En materia salarial, rige la presunción *iuris tantum* de que es salario todo lo que el trabajador recibe del empresario, siempre y cuando lo recibido resulte económicamente valorable¹⁰, aunque el Estatuto de los Trabajadores exceptúa de esta consideración cierto tipo de pagos efectuados al trabajador por el empresario (por ejemplo, «las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos»)¹¹.

Lógicamente, esta presunción salarial beneficia a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Agencia Tributaria, puesto que los salarios cotizan y, además, tributan en concepto de renta de las personas físicas¹².

⁶ Cfr. artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.

⁷ Véase, crucial, su artículo 154, apartado 3.

⁸ Acerca de la progresiva conformación del Derecho comunitario sobre este tema, también desde el punto de vista jurisprudencial, véase A. ARUFE VARELA, «La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario», *Actualidad Laboral*, núm. 18 (2004), págs. 2160 y ss.

⁹ Cfr. artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, reglamentado por el Real Decreto 505/1985, de 6 marzo. Acerca del impacto sobre este Fondo de la reforma laboral de 2010, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «El “modelo austríaco” y su versión española», *Aranzadi Social*, núm. 21 (2011), págs. 11-34.

¹⁰ La establece el artículo 26, apartado 1, inciso primero, del Estatuto de los Trabajadores.

¹¹ *Ibidem*, apartado 2.

¹² En cuanto a la tributación de las indemnizaciones, hay que tener en cuenta —a efectos de la declaración por impuesto sobre la renta de las personas físicas— que tienen legalmente el carácter de «rentas exentas», entre otras, «las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato»; también, «cuando se extinga el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación, estarán exentas las indemnizaciones por despido que no excedan de la que hubiera correspondido en el caso de que éste hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas»; y además, «sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, en los supuestos de despido o cese consecuencia de expedientes de regulación de empleo, tramitados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y previa aprobación de la autoridad competente, o producidos por las causas previstas en la letra c) del artículo 52 del citado Estatuto, siempre que, en ambos casos, se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente». Todo ello, según dispone el artículo 7, apartado e), de la Ley 35/2006, de 28 noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

§2. Aunque los salarios pueden clasificarse utilizando muy diversos criterios, el más decisivo es el que los contempla **desde un punto de vista institucional**. Desde este punto de vista, **el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores distingue el «salario mínimo interprofesional», de un lado, y los que llama «salarios profesionales», del otro**. El primero existe en España desde 1963, destacando en su régimen jurídico las tres notas siguientes: 1) se llama «mínimo» porque no pueden cobrarse salarios inferiores a él, constituyendo lo que gráficamente se llama el «suelo» de la contratación laboral¹³; 2) se llama «interprofesional» porque, a diferencia de los «salarios profesionales» —que son los propios de cada concreto sector o empresa, fijados por convenio colectivo—, rige para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores; y 3) se fija cada año por el Gobierno, a través de Real Decreto, con fecha de efectos de 1 enero a 31 diciembre del año correspondiente. En realidad, según los sucesivos Reales Decretos anuales de fijación del salario mínimo interprofesional, **existen cinco salarios mínimos interprofesionales distintos** (el diario general, en euros/día, que no incluye la parte proporcional de la retribución de domingos y festivos; el mensual, en euros/mes, que incluye dicha parte proporcional; el anual, resultado de multiplicar el mensual por catorce [esto es, doce mensualidades más dos pagas extraordinarias]; el diario de trabajadores eventuales y temporeros, aplicable sobre todo a los peones agrícolas; y el horario de empleados de hogar, lógicamente, en euros/hora). **Teóricamente, la cuantía del salario mínimo interprofesional fijada por el Gobierno debería constituir el mínimo vital de subsistencia**, lo que explica que el Estatuto de los Trabajadores —pretendiendo dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 35, apartado 1, de la Constitución, según el cual «todos los españoles tienen ... el derecho ... a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia»— afirme que «el salario mínimo interprofesional, en su cuantía, es inembargable»¹⁴.

Intentando favorecer un incremento más rápido (y supuestamente, menos traumático) de la cuantía del salario mínimo interprofesional, se creó en 2004 el «indicador público de renta de efectos múltiples» (o IPREM) —de cuantía más reducida que el salario mínimo

¹³ El «suelo» en cuestión tiene al menos un «sótano», representado por el salario a pagar al aprendiz o formando durante el primer año de su contrato —durante el segundo año, en cambio, puede respirar teórico aire fresco—, según previene el artículo 11, apartado 2, letra h), del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴ Artículo 27, apartado 2.

interprofesional—, para que «pueda utilizarse como indicador o referencia del nivel de renta que sirva para determinar la cuantía de determinadas prestaciones [por ejemplo, las prestaciones o subsidios de desempleo] o para acceder a determinadas prestaciones, beneficios o servicios públicos [por ejemplo, percepción de becas, pago de tasas o acceso a viviendas de protección oficial]»¹⁵.

Según afirman los sucesivos Reales Decretos de fijación del salario mínimo interprofesional, «este salario se entiende referido a la jornada legal de trabajo en cada actividad», de manera que «si se realizase jornada inferior se percibirá a prorrata».

En España, cabe hablar de salarios máximos (y por tanto, de «techos» de la contratación laboral) en el sector público, dada la existencia en él de topes salariales impuestos cada año por las sucesivas Leyes de presupuestos generales del Estado y de cada Comunidad Autónoma¹⁶.

§3. El Derecho originario de la Unión Europea impide la existencia de un salario mínimo interprofesional europeo¹⁷, lo que explica las disparidades nacionales entre los veintisiete Estados miembros no sólo en lo tocante a la existencia de esta institución (Alemania e Italia, por ejemplo, carecen de salarios mínimos interprofesionales)¹⁸, sino también en lo referente a la cuantía del mismo allí donde existe (la de los salarios mínimos interprofesionales francés e inglés, por ejemplo, es prácticamente el doble de la del salario mínimo interprofesional español)¹⁹. Ahora bien, **España ha ratificado la Carta Social Europea de 1961, elaborada por el Consejo de Europa, en la que se dispone que los Estados vinculados por la misma se comprometen «a reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso»** (artículo 4, apartado 1). **Según el Comité Europeo de Derechos Sociales** —que es el órgano encargado de velar por el cumplimiento de la Carta—, **España es un Estado flagrantemente incumplidor de dicho concreto precepto de la misma**²⁰, afirmando a

¹⁵ Al respecto, véase Real Decreto-ley 3/2004, de 25 junio.

¹⁶ Sobre la constitucionalidad del tope del cero por ciento (y por tanto, de la congelación salarial pura y dura) decretada para el año 1997, véase Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 marzo 2002 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2002/4318), confirmada por Auto del Tribunal Constitucional núm. 35/2005, de 31 enero.

¹⁷ Véase artículo 153, apartado 5, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

¹⁸ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, Netbiblo (A Coruña, 2009), págs. 8-9. De ahí, la no ratificación por ambos países del Convenio núm 131 de 1970 de la OIT, sobre salarios mínimos interprofesionales.

¹⁹ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 190-191.

²⁰ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, cit., págs. 51 y ss.

este respecto: 1) que «aun reconociendo los esfuerzos realizados por el Gobierno con el objeto de aumentar el salario mínimo, el Comité cree que todavía es muy bajo [*it is still very low*]»; y 2) que «el Comité concluye que la situación en España es de no conformidad [*is not in conformity*] con el artículo 4, apartado 1, de la Carta, dado que el salario mínimo neto es manifiestamente inadecuado [*manifestly inadequate*]»²¹.

El parámetro tenido en cuenta por el Comité Europeo de Derechos Sociales es el de que «el salario mínimo neto debería alcanzar al menos el 60% del salario neto medio [*the net minimum wage should amount to at least 60% of net average wage*]», a nivel nacional.

El salario mínimo interprofesional fue una institución creada por los Estados Unidos en 1938²², siendo actualmente su cuantía —a nivel federal— de «7,25 dólares por hora»²³.

Aparte el salario mínimo federal, la práctica totalidad de Estados federados norteamericanos posee su propio salario mínimo estatal (neoyorkino, californiano, texano, etc.), aplicable sólo a empresas actuantes en el concreto Estado federado de que se trate, cabiendo consultar sus respectivas cuantías en el sitio de Internet del Ministerio de Trabajo norteamericano, ubicado en www.dol.gov/esa/minwage/america.htm.

²¹ Toda esta información consta en el sitio en Internet del Consejo de Europa, ubicado en www.coe.int.

²² Al respecto, con la historia del tema y su vinculación con los sucesivos Presidentes de los Estados Unidos, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, cit., págs. 6-8.

²³ Véase sección 206 del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

Lesson 8

*THE INTERPROFESSIONAL MINIMUM WAGE AND ITS MANIFESTLY
INADEQUATE AMOUNT*

Contents: §1. *The legal sources ruling wages.* §2. *The Spanish minimum interprofessional wage.* §3. *Community, Council of Europe's, and Comparative Law about the amount of the interprofessional minimum wage.*

§1. From the viewpoint of the worker, **the most important contract obligation of the employer is the obligation to pay the rendered work.** It is ruled in Subchapter Fourth of Chapter II of Title I of the Workers' Statute, sections 26 to 33, under the headline «Wages and wage guarantees». In front of the obligation of working—which is an obligation of doing—the obligation of paying the rendered work **is an obligation of giving**, which the employer discharges by means of giving to the worker a «wage» (usually, **an amount of money**). It is an obligation **that the employer ought to timely and periodically discharge**, bearing in mind that «the term which the payment of the regular and periodical earnings refers to can not exceed one month»—as an exception, there exist bonuses to be paid exceeding a month, as in the case of the two extraordinary monthly payments the worker is entitled to earn every year («one of them on occasion of Christmas»)—, and that if the employer is not punctual in the payment, then he falls in default or tardiness («the yield for default in the payment of the wages will be the 10 per 100 [a year] of the debt»). **Moreover**, it is an obligation the employer **ought to put in writing, by means of** giving a receipt—popularly called «**payroll**»— to the worker, containing «with fitted clarity and separation the several earnings of the worker, as well as the statutory due charges» (these last, as a general rule, referring to taxes and social security contributions). Given that the worker lives from earning a salary, it is logical the existence of norms aimed at protecting it. These norms are the ones relating to «wage guarantees», which the Workers' Statute activates when the employer can not face the payment of the wages, above all if he is bankrupt.

§2. Although the wages can be classified by means of a number of different criteria, the most important one is the criterium contemplating

them **from an institutional viewpoint**. From this viewpoint, **section 27 of the Workers' Statute separates the «interprofessional minimum wage», on the one hand, and the so-called «professional wages», on the other hand**. The former exists in Spain since 1963, and its legal regime consists of the three following characters: (1) it is called «minimum» because it is not possible to earn wages lower than it, explaining this what graphically constitutes the so-called «floor» of the labor hiring; (2) it is called «interprofessional» because, in front of «professional wages»—fixed by collective bargaining agreement for a specific sector or enterprise—, it applies to any activities, in agriculture, in industry and in the services, regardless of the workers' sex or age; and (3) it is fixed yearly by the Government, by means of a Royal Decree, in force from January 1st to December 31st of the corresponding year. Indeed, according to the successive early Royal Decrees fixing the interprofessional minimum wage, **there exist five different interprofessional minimum wages** (the general daily one, in euros/day, which does not include the proportional part of Sundays and holydays remuneration; the monthly one, in euros/month, which includes such proportional part; the yearly one, which is the result of multiplying the monthly wage by fourteen [that is, twelve months plus two extraordinary monthly payments]; the daily one for eventual and seasonal workers, above all applicable to agricultural laborers; and the hourly one for employees in domestic service, logically, in euros/hour). **In theory, the amount of the interprofessional minimum wage fixed by the Government should constitute the vital minimum of subsistence**, what explains that the Workers' Statute—pretending to fulfil article 35, paragraph 1, of the Constitution, according to which «all Spaniards are ... entitled to ... a sufficient remuneration to satisfy their needs and the ones of their family»—states that «the interprofessional minimum wage, in its amount, can not be seized».

§3. The Constitutional Law of the European Union prevents the existence of a European interprofessional minimum wage, what explains the national disparities among the twenty-seven member States not only in what refers to the existence of this institution (for example, Germany and Italy do not have minimum interprofessional wages), but also in what relates to its amount where it exists (for example, the French and British minimum interprofessional wages are twice than the Spanish interprofessional minimum wage). However, **Spain has ratified the**

European Social Charter of 1961, elaborated by the European Council, which declares that the States under it are undertaken «to recognise the right of workers to a remuneration such as will give them and their families a decent standard of living» (article 4, paragraph 1). According to the European Committee of Social Rights—which is the body charged to control the fulfilment of the Charter—, **Spain is a flagrantly violator State of such specific section of it**, having stated to his effect: (1) «while acknowledging the efforts taken by the Government with a view to increasing the minimum wage, the Committee believes that *it is still very low*»; and (2) «the Committee concludes that the situation in Spain *is not in conformity* with Article 4§1 of the Charter as the minimum net wage is *manifestly inadequate*».

**LA FALTA DE EJEMPLARIDAD DEL ESTADO ESPAÑOL EN
MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

Sumario: §1. La Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales. §2. El Derecho de la Unión Europea sobre seguridad y salud laboral. §3. Los procesos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre incumplimientos por los Estados miembros del Derecho comunitario en materia de seguridad y salud laboral.

§1. La prevención de riesgos laborales —tradicionalmente llamada en España «seguridad e higiene en el trabajo»¹— es el conjunto de medidas **para evitar que se produzcan en la empresa accidentes de trabajo y enfermedades profesionales**. Se trata de una materia que **aparece regulada en la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales, que cuenta con múltiples reglamentos de desarrollo**, de los cuales el más importante es el Real Decreto 39/1997, de 17 enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención de riesgos laborales². **Según esta Ley, los sujetos principalmente implicados en el tema son tres**. En primer lugar, **el empresario**, que está implicado **en concepto de sujeto activo** (o como deudor de seguridad)³, y que está obligado a cumplir un concreto «plan de prevención de riesgos laborales» —elaborado por él o por un servicio de prevención, propio o ajeno (normalmente, una mutua patronal de accidentes de trabajo)⁴—, apareciendo ligadas al eventual incumplimiento de este deber empresarial de prevenir los riesgos laborales hasta cinco tipos distintos de responsabilidades (de seguridad social, penales, civiles, administrativas y laborales)⁵. En segundo lugar, **el trabajador o sujeto paciente** en este concreto asunto, supuesto que es titular del «derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo»⁶, en cuanto que concreción del derecho constitucional

¹ Cfr. artículo 40, apartado 2, de la Constitución Española.

² Noticiando su trascendencia, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Apuntes sobre algunos interrogantes que suscita el nuevo reglamento de prevención de riesgos laborales», *Actualidad Laboral*, núm. 37 (1997), págs. 897 y ss.

³ Cfr. artículo 14, apartado 1, párrafo segundo de la Ley 31/1995.

⁴ Sobre este «plan», véase el artículo 16 de la Ley 31/1995. El Real Decreto 688/2005, de 10 junio, regula el régimen de funcionamiento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social como servicio de prevención ajeno.

⁵ Cfr., especialmente, artículo 42 de la Ley 31/1995.

⁶ Cfr. artículo 14, apartado 1, párrafo primero, de la Ley 31/1995. El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, aprobando el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, acentúa el carácter de «sujeto paciente» del trabajador, al excluir que pueda ser considerado sujeto responsable de la comisión de infracciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales.

fundamental de todos a su «integridad física»⁷. Y en tercer lugar, **entre el empresario y el trabajador se interponen los representantes específicos de los trabajadores en este tema (denominados «delegados de prevención»⁸ y «comité de seguridad y salud»⁹)**, titulares de competencias «de información, consulta y negociación, vigilancia y control y ejercicio de acciones ante las empresas y los órganos y tribunales competentes»¹⁰. **El funcionamiento correcto de todo este sistema preventivo presupone, sin embargo, el cumplimiento por el Estado de su deber de legislar bien en la materia, que es un deber controlado por la Comisión Europea con el asesoramiento técnico del organismo denominado «Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo», que tiene su sede en Bilbao»¹¹.**

La más dañina de las responsabilidades susceptibles de recaer sobre el empresario incumplidor del citado deber de seguridad es el recargo de prestaciones de seguridad social, regulado en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, aunque —con amparo en el Derecho comunitario regulador de los seguros privados— cabe la posibilidad de asegurar dicho recargo¹².

Los deberes mínimos que todo empresario, también el pequeño empresario¹³, está obligado a cumplir en materia de prevención de riesgos laborales lo especifica, de manera esencialista, el Anexo II del citado Real Decreto 39/1997, que constituye —para los profesionales de la prevención de riesgos laborales— un verdadero «mapa del tesoro», dado el elevado número de pequeños empresarios españoles no conscientes de que tienen la obligación de cumplir tales deberes mínimos.

El Derecho de prevención de riesgos laborales está de moda en España, también por causa de su utilización como «patrón» o «modelo» de nuevos Derechos prevencionistas de riesgos comunes, que van abriéndose camino en los ámbitos sociales más diversos (y especialmente, en el ámbito deportivo)¹⁴.

§2. Las competencias de la Unión Europea en materia de prevención de riesgos laborales aparecen reguladas en su Derecho originario, según

⁷ Cfr. artículo 15 de la Constitución Española.

⁸ Cfr. artículo 35 de la Ley 31/1995.

⁹ Cfr. artículo 38 de la Ley 31/1995.

¹⁰ Artículo 34, apartado 2, inciso segundo, de la Ley 31/1995.

¹¹ Dicha Agencia —regulada por el Reglamento (CE) núm. 2062/94 del Consejo, de 18 julio 1994— posee un utilísimo sitio de Internet, ubicado en <http://osha.europa.eu>, con rica documentación jurídica comunitaria (aunque esta última sólo puede manejarse en inglés).

¹² Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «¿Puede un empresario español asegurar su responsabilidad española por recargo de prestaciones de Seguridad Social en otro Estado de la Unión Europea distinto de España?», *Actualidad Laboral*, núm. 13 (2005), págs. 1494 y ss.

¹³ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La seguridad y la salud laboral en la pequeña empresa», *Actualidad Laboral*, núm. 43 (1999), págs. 839 y ss.

¹⁴ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «De la prevención de riesgos laborales a la emergente generalización de la prevención de riesgos comunes. A propósito del Reglamento de “Seguridad de la prueba” de la Federación Inglesa de Orientación», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, vol. 13 (2009), págs. 413 y ss.

el cual aquí «el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario»¹⁵ (esto es, mediante Directivas adoptadas no por unanimidad, sino por mayoría cualificada de los Estados miembros). Dada la posibilidad de decidir por mayoría cualificada, **el Derecho derivado de la Unión Europea** en materia de prevención de riesgos laborales ha acabado convirtiéndose en un Derecho muy denso y abigarrado, integrado por multitud de Directivas¹⁶. Dentro de este conjunto normativo, el instrumento estelar **es el encarnado por la Directiva 89/391/CEE, o Directiva «marco»** para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, que ha sido desarrollada **por casi dos docenas de Directivas más**, las cuales suelen adjetivarse y numerarse ordinalmente como **Directivas «específicas»** de la recién citada Directiva «marco». **Lógicamente, todo este acervo comunitario tiene que transponerse luego a los ordenamientos internos de los Estados miembros**, habiendo tenido que promulgarse nuestra Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, para transponer al ordenamiento español la recién citada Directiva «marco». **Pues bien, una singularidad reseñable del Derecho de la Unión Europea sobre prevención de riesgos laborales se refiere a la notable cantidad de casos del Tribunal de Luxemburgo que viene suscitando su aplicación, y en los que se declara el incumplimiento por muy diversos Estados miembros de las obligaciones que les incumben en relación con la transposición de las Directivas mencionadas, acreditándose así —una vez más— la falta de ejemplaridad del Estado**, que siempre predica aunque no siempre da trigo sobre el tema objeto de prédica.

Las citadas Directivas «específicas» padecen continuas enmiendas —por causa de la necesidad de adaptarlas al progreso de la técnica—, que obligan a publicar «versiones codificadas» de las mismas, con el consiguiente trastoque de fechas en la serie [por ejemplo, la segunda Directiva específica de 1989 ha pasado a convertirse, en la actualidad, en la Directiva 2009/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 septiembre 2009, «relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo (segunda Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)»].

En el precepto correspondiente de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —que es su artículo 31 (rotulado «Condiciones de trabajo justas y equitativas»),

¹⁵ Cfr. artículo 153, apartado 2, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

¹⁶ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña 2010), págs. 175 y ss.

apartado 1—, se reconoce que «todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad».

En las «explicaciones» relativas al mismo, se afirma que «el apartado 1 de este artículo se basa en la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo», que «se inspira igualmente en el artículo 3 de la Carta Social Europea y en el punto 19 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores así como, en lo que se refiere al derecho a la dignidad en el trabajo, en el artículo 26 de la Carta Social Europea revisada»¹⁷, y que «la expresión “condiciones laborales” debe entenderse según el sentido del artículo 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

§3. Hasta el año 2010, el Tribunal de Luxemburgo ha tenido que resolver —instado por la Comisión Europea— hasta ventiséis procesos por incumplimiento del Derecho derivado sobre prevención de riesgos laborales, contra muy diversos Estados miembros¹⁸. Esta casuística permite establecer —con terminología deportiva— *rankings* de Estados que juegan sucio y de Estados que juegan limpio, siempre en materia de prevención de riesgos laborales. Los *rankings* en cuestión son los tres siguientes: 1) si se atiende a los Estados miembros más incumplidores por el número de condenas acumuladas, el *record* absoluto lo ostenta Austria (con ocho condenas), seguida de Italia (seis condenas) y de España (tres condenas, aunque la nuestra de 26 septiembre 1996 ostenta el dudoso privilegio de haber sido la primera decretada por el Tribunal de Luxemburgo, en este concreto tema)¹⁹; 2) si se atiende a los Estados miembros más incumplidores por el número de Directivas incumplidas, el *record* absoluto vuelve a ostentarlo de nuevo Austria (condenada por falta de transposición o transposición defectuosa de la Directiva «marco» y de seis Directivas «específicas»), ostentado *ex aequo* Italia y España la segunda posición (condenadas por falta de transposición o transposición defectuosa de la Directiva «marco» y de cinco Directivas «específicas»), y compartiendo asimismo *ex aequo* la tercera posición Luxemburgo y Alemania (ambas con dos Directivas incumplidas); y 3) en cambio, si se atiende a los Estados miembros más cumplidores, y centrando este tercer *ranking* de juego limpio en los Estados miembros que ya lo eran

¹⁷ Sobre el artículo 3 de la Carta Social Europea, véase *infra*, §3.

¹⁸ Para todo lo que sigue, véase A. ARUFE VARELA, «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre incumplimientos por los Estados miembros de sus deberes de transposición de las Directivas marco y “específicas” en materia de seguridad y salud laboral», *Tribuna Social*, núm. 221 (2009), págs. 8 y ss.

¹⁹ Respecto de España, véanse las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 septiembre 1996 (asunto C-79/95), de 14 septiembre 2004 (asunto C-168/03) y de 12 enero 2006 (asunto C-132/04).

durante el pasado siglo XX —no es lo mismo llevar jugando esta clase de partidos (dramáticos, porque tienen que ver con accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) veinte años o sólo un lustro— y, además, en los Estados que nunca han dado pie a la Comisión para haber sido denunciados (sí lo dieron, aunque luego resultasen absueltos, la República portuguesa, el Reino de Suecia y el Reino Unido), el *record de fair play* es tendencialmente nórdico y centroeuropeo, con algún color y calor mediterráneo, pues lo ostentan **las Repúblicas de Grecia y Finlandia, y los Reinos de Bélgica, Holanda y Dinamarca.**

En el último procedimiento de control del cumplimiento por España del artículo 3 de la Carta Social Europea originaria de 1961, hecho público por el Comité Europeo de Derechos Sociales en enero de 2010, se contienen dos tipos de «conclusiones» inquietantes (e incluso, abochornantes) para nuestro país²⁰.

En primer lugar, las que cabe denominar «conclusiones» pospuestas, en las que se aplaza —hasta el próximo «informe»— el enjuiciamiento de la situación española, fundamentalmente por la opacidad o falta de transparencia del «informe» enviado por el Gobierno español, lo que ocurre: 1) en relación con el apartado 1 del artículo 3 de la Carta, respecto de los riesgos derivados del asbestos, pues —según el órgano de control— «el Comité pregunta, además, si las autoridades han elaborado un inventario de todos los edificios y materiales contaminados», y «pide que el siguiente informe suministre información específica sobre los pasos dados a este efecto»; y 2) en relación con el apartado 2 del artículo 3 de la Carta, respecto de la actuación de la Inspección española de Trabajo y Seguridad Social, indicándose sobre ella que «el informe renuncia [*fails*] a dar cualquier indicación del número actual de miembros del personal [*inspector*]» —así como «del número de visitas llevadas a cabo o del número de trabajadores cubiertos por estas visitas»—, y que «el Comité recuerda que en orden a mantener un sistema eficiente de Inspección debe haber un número mínimo de inspecciones regulares, para asegurar que el mayor número posible de trabajadores se beneficie del derecho consagrado en el artículo 3», por todo lo cual «en orden a valorar el cumplimiento del artículo 3§2, el Comité pide, por eso, que el siguiente informe suministre información sobre esas materias».

En segundo lugar, las «conclusiones» de incumplimiento flagrante que detecta el Comité, relativas a la protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente a los riesgos derivados del benceno, a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada, a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores autónomos, y por último, a que «la situación en España no es de conformidad [*is not in conformity*] con el artículo 3§2, por causa del manifiestamente elevado número de accidentes laborales [*manifestly high number of occupational accidents*]».

²⁰ Evidentemente, no son tales las «conclusiones» de «cumplimiento (en las que, como es obvio, el órgano de control del Consejo de Europa nada objeta a nuestro país), ceñidas formalmente al apartado 3 del artículo 3 de la Carta (relativo al compromiso de «consultar, cuando proceda, a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene del trabajo»), respecto del que se afirma apodícticamente —aunque tras algún matiz de advertencia— que «el Comité concluye que la situación en España es de conformidad con el artículo 3§3».

Lesson 9

THE MISCONDUCT OF THE SPANISH STATE IN THE SUBJECT-MATTER OF OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH

Contents: §1. *The Act 31/1995 about occupational safety and health.* §2. *The European Union Law about occupational safety and health.* §3. *The proceedings before the Court of Justice of the European Union, about the failure by the member States to fulfil their obligations about occupational safety and health.*

§1. The occupational safety and health—traditionally called in Spain «safety and hygiene at work»— is the set of measures **to avoid accidents at work** and professional diseases **in the enterprise**. It is a subject-matter **ruled in the Act No. 31/1995, of November 8th, about occupational safety and health, which has a number of regulations developing it**, the most important of which is the Royal Decree 39/1997, of January 17th, passing the Regulation of the occupational safety and health services. **According to this Act, the main people involved in this subject-matter are three.** Firstly, **the employer**, which is involved **as an active person** (or as a security debtor), and which has the duty to fulfil a specific «occupational safety and health scheme»—elaborated by him or by an occupational safety and health, internal or external, service (usually an accidents at work mutua)—, bearing in mind that five different kinds of responsibilities (social security, criminal, civil, administrative, and labor ones) are linked to the violation of such employer’s duty. Secondly, **the worker or patient person** in this specific subject-matter, supposing that he is «entitled to an effective protection in the subject-matter of occupational safety and health», as a specification of the fundamental constitutional right of all of us to «corporal integrity». **And thirdly, between the employer and the worker are the workers’ specific representatives in this subject-matter (called «prevention delegates» and «safety and health council»),** owning several competences regarding «information, advise and negotiation, supervision and control, and bringing of actions against the enterprises before the competent bodies and courts». **The proper working out of the whole preventive system implies, however, the fulfilment by the State of its duty to well legislate in this subject-matter, which is a duty**

controlled by the European Commission with the technical advise of a body called «European Agency for Occupational Safety and Health», with its seat in Bilbao.

§2. The competences of the European Union in the subject-matter of occupational safety and health are ruled in its Constitutional Law, according to which here «the European Parliament and the Council shall act in accordance with the ordinary legislative procedure» (that is, by means of Directives enacted not unanimously, but with qualified majority of member States). Given this possibility of deciding with qualified majority, **the ordinary Law of the European Union** in the subject-matter of occupational safety and health has become a very dense and multicolored Law, consisting of many Directives. In this set of Directives, the starring instrument **is embodied in the Directive 89/391/EEC, or «framework» Directive** to encourage improvements in the safety and health of workers at work, implemented by **early two more dozens of Directives**, which usually are numbered and qualified as «**individual**» **Directives** of the above cited «framework» Directive. **Logically, all this Community acquis is to be then implemented by the domestic legal orders of member States**, having been enacted our Act No. 31/1995, about occupational safety and health, to implement the above cited «framework» Directive by the Spanish legal order. **Anyway, a significant particularity** of the Law of the European Union about occupational safety and health **relates to a remarkable** number of cases of the Luxembourg Court occurred by its application, and in which it is declared the violation by different member States of the obligations pertaining them linked to the implementation of the above cited Directives, what proves —one more time— the **failure of the State’s exemplarity**, because it always preaches, although it not always gives wheat on the subject-matter of the preach.

§3. Up to 2010, **the Luxembourg Court has adjudged** —excited by the European Commission— **up twenty-six cases about non fulfilment of the ordinary Law relating to occupational safety and health, against a number of member States. This case Law allows to stablish** —with sport terms— **rankings of fair-play States and of unfair-play States**, always on the subject-matter of occupational safety and health. Those *rankings* are the three following ones: (1) regarding **the most violator member State, according to the number of cumulative condemnations**, the absolute *record* pertains to **Austria** (with eight condemnations),

the runner-up is **Italy** (with six condemnations), and then **Spain** (three condemnations, although the one of September 26th, 1996, has the doubtful privilege of having been the first case adjudged by the Luxembourg Court, on this specific subject-matter); (2) regarding **the most violator member State, according to the number of non fulfilled Directives**, the absolute *record* pertains again to **Austria** (convicted by non implementation or defective implementation of the «framework» Directive and of six «individual» Directives), being *ex aequo* **Italy and Spain** the runners-up (convicted by non implementation or defective implementation of the «framework» Directive and of five «individual» Directives), and then *ex aequo* on the third position **Luxembourg and Germany** (both with two non fulfilled Directives); and (3) on the contrary, regarding **the most reliable member State**, and focusing this third fair-play *ranking* on member States pertaining to the European Union already in the past XXth Century—it is not the same thing to play this kind of games (dramatic ones, because they have to do with accidents at work and occupational diseases) for twenty years or only for five years—, and moreover, on the States never denounced by the European Commission (the Portuguese Republic, the Kingdom of Sweden, and the United Kingdom were denounced by the Commission, although they were finally acquitted), the fair-play *record* is Nordic and Middle-european as a trend, with some Mediterranean color and heat, since it pertains to **the Republics of Greece and Finland, and to the Kingdoms of Belgium, The Netherlands and Denmark.**

Tema 10

**EL «LO TOMAS O LO DEJAS» PARA EL TRABAJADOR
INDIVIDUAL ANTE LA MODIFICACIÓN
DE SU CONTRATO DE TRABAJO**

Sumario: §1. Las fuentes sustantivas y procesales reguladoras de la modificación del contenido del contrato de trabajo. §2. En especial, la funcionalidad del apartado 6 del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral. §3. La regulación de la modificación del contenido del contrato de trabajo en los ordenamientos francés, alemán y británico.

§1. La modificación del contenido del contrato de trabajo aparece regulada en dos tipos de fuentes. De un lado, **las fuentes de carácter sustantivo, reconducibles** —en lo esencial— **a tres preceptos sucesivos del Estatuto de los Trabajadores, que son su artículo 39** (rotulado «Movilidad funcional»), **su artículo 40** (rotulado «Movilidad geográfica») **y su artículo 41** (rotulado «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo»). De otro lado, **las fuentes adjetivas o procesales, reconducibles al artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral** —un precepto muy denso—, regulador del proceso laboral especial sobre «Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo»¹. **Son preceptos —desde su reforma en 1994— que reconocen al empresario no solamente el derecho de variar** elementos accidentales del contrato de trabajo (esto es, el **tradicionalmente llamado «ius variandi»**), **sino también el poder de imponer** al trabajador modificaciones de elementos esenciales del contrato de trabajo (**por tanto, una verdadera «potestas mutandi»**). El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores reconoce que el cambio de titularidad (esto es, el cambio de dueño) en la empresa —que «no extinguirá por sí mismo la relación laboral»²— es la ocasión ideal para acometer cambios y, por tanto, la modificación del contenido del contrato de trabajo. Entre estas modificaciones que el empresario puede intentar imponer al trabajador, el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores menciona expresamente seis grupos de ellas³, mientras que el artículo 40

¹ Téngase en cuenta —según el Estatuto de los Trabajadores— que las modificaciones relativas a «funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley», se consideran modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo [artículo 41, apartado 1, letra f)].

² Cfr. apartado 1 de dicho precepto.

³ Relativos a «jornada de trabajo», «horario y distribución del tiempo de trabajo», «régimen de trabajo a turnos», «sistema de remuneración», «sistema de trabajo y rendimiento» y, por último, «funciones» (cfr. su apartado 1).

del Estatuto de los Trabajadores se refiere, por su parte, a la posible modificación del lugar de trabajo, que no sólo es una mera condición de trabajo, sino incluso verdadera condición de vida (visto que el trabajador organiza su vida privada allí donde trabaja)⁴. **Por encima de toda la maraña de distinciones tecnocráticas contenidas en estos kilométricos artículos 40 y 41 —orientadas a protegerse frente a modificaciones colectivas—, la realidad cruel es que el trabajador individual se encuentra indefenso —supuesto que no quiera perder su empleo— ante la modificación arbitraria de tres contenidos esenciales de su contrato de trabajo (funciones a realizar, horario y lugar de trabajo), dada la intolerable redacción —que veremos dentro de un momento— del apartado 6 del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral.**

Las «modificaciones funcionales y de horario de trabajo» son individuales siempre y cuando el número de trabajadores afectados por ellas no supere determinados umbrales. Estos últimos son los siguientes: «diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores»; «el 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores» y «treinta trabajadores, en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores»⁵. Los traslados (esto es, los desplazamientos geográficos no temporales) se consideran asimismo individuales, supuesto que el número de trabajadores afectados por ellos quede comprendido dentro de estos mismos umbrales⁶.

En estos casos, el procedimiento a seguir por el empresario no puede ser más sencillo, puesto que «la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad»⁷, aplicándose lo mismo para el supuesto de los traslados individuales⁸.

El cambio de titularidad en la empresa —formalmente detonante, recuérdese, de la modificación del contenido del contrato de trabajo— es una institución que ha padecido una auténtica metamorfosis jurídica, pasando a convertirse de una institución protectora del trabajador (no cabe extinguirle por ella el contrato de trabajo) a una institución dañina de los derechos e intereses de los trabajadores (cabe modificarles, con ocasión de ella, sus contratos de trabajo). Lo reconoce explícitamente el citado artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, al afirmar que tanto el cedente como el adquirente del negocio pueden prever la adopción de «medidas» en relación con sus respectivos trabajadores, teniendo en cuenta que «cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos

⁴ Este precepto está construido sobre la base de la distinción estructural entre «traslados» y «desplazamientos temporales», teniendo en cuenta que «los desplazamientos cuya duración en un período de tres años exceda de doce meses tendrán, a todos los efectos, el tratamiento previsto en esta Ley para los traslados» (apartado 4, párrafo cuarto).

⁵ Cfr. artículo 41, apartado 2, párrafo tercero, del Estatuto de los Trabajadores.

⁶ Cfr. artículo 40, apartado 2, párrafo primero, del Estatuto de los Trabajadores.

⁷ Artículo 41, apartado 3, párrafo primero, del Estatuto de los Trabajadores.

⁸ Cfr. artículo 40, apartado 1, párrafo tercero, del Estatuto de los Trabajadores.

40.2 y 41.4 de la presente Ley»⁹. Esta metamorfosis de la institución ha sido provocada por el Derecho de la Unión Europea, contenido en la Directiva 2001/23/CE, de 12 marzo 2001, del Consejo, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas o partes de las mismas¹⁰.

§2. El supuesto de hecho en el que pensamos —real como la vida misma¹¹— es el siguiente: 1) tras un cambio de titularidad en la empresa, el nuevo empresario ordena a un trabajador antiguo (padre de familia numerosa, puesto que tiene tres hijos) que cambie de funciones (pasaría de ser auxiliar administrativo a limpiador del centro de trabajo) e, incluso, que pase a desempeñar estas nuevas funciones en otro centro de trabajo distinto de la misma empresa (radicado a 500 kilómetros del suyo), alegando que la medida supuestamente «contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos»¹²; 2) lógicamente, el trabajador impugna judicialmente esta decisión del empresario, aunque dado que la decisión en cuestión tiene legalmente carácter «ejecutivo» —sea justa o injusta—, no le queda más remedio que ponerse a realizar sus nuevas funciones de limpiador en su nuevo centro de trabajo (donde tuvo que buscarse nueva vivienda provisional), supuesto que no quiere arriesgarse a ser disciplinariamente despedido por desobediencia¹³; 3) el Juzgado de lo Social competente acaba dictando Sentencia, declarando «injustificada» la decisión del empresario, que ni siquiera se había tomado la molestia de defender su posición en el pleito;

⁹ Apartado 9, inciso cuarto.

¹⁰ El carácter ultraliberal de la Unión Europea en relación con estos temas lo evidencia la actitud de la Comisión en el caso de la sucesión de contratos de servicios externalizados (limpieza, mantenimiento, vigilancia de seguridad, etc.), en los que los trabajadores quedan al albur de lo que pueda pactarse o dejarse de pactar en los correspondientes convenios colectivos aplicables a los mismos. En estos casos, la Comisión Europea se ha negado siempre a legislar. Lo revela, con claridad, el informe que obliga la Directiva citada a elaborar a la propia Comisión [Referencia SEC(2007) 812], en el cual esta última llegó a afirmar literalmente lo siguiente: «La Comisión considera que la definición de “traspaso” que figura en la Directiva, según la interpreta el Tribunal de Justicia, es suficientemente amplia para alcanzar su finalidad de proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario en las situaciones de externalización —muy diversas— que pueden presentarse en los contextos nacionales de veinticinco Estados miembros. Por consiguiente, estima que una revisión de ese concepto no parece justificada en este momento».

¹¹ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la reforma», *Tribuna Social*, núm. 74 (1997), págs. 17 y ss.

¹² La expresión se toma de los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores (apartado 1, párrafo segundo, de ambos preceptos), los cuales afirman clónicamente que «se entenderá que concurren las causas [económicas, técnicas, organizativas o de producción] a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda».

¹³ En este contexto, la palabra temible «ejecutividad» aparece machaconamente utilizada por el Estatuto de los Trabajadores (cfr. artículo 40, apartado 1, párrafo quinto; artículo 40, apartado 4, párrafo tercero; y artículo 41, apartado 3, párrafo tercero).

4) a pesar de esta Sentencia, el empresario impide que el trabajador sea «reincorporado al centro de trabajo de origen» y que sea «repuesto en sus anteriores condiciones» como auxiliar administrativo¹⁴; y 5) en ejecución de Sentencia, el trabajador se encuentra con la sorpresa de que no cabe forzar judicialmente al empresario ni a reponerle en sus anteriores condiciones ni a reincorporarlo a su antiguo centro de trabajo, **pues el apartado 6 del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral sólo regula la alternativa «lo tomas o lo dejas», esto es, o aceptas la modificación arbitraria de tu contrato de trabajo o te vas de la empresa** (cobrando, eso sí, la indemnización que correspondería a un despido improcedente)¹⁵. **¿Qué hará ante esta tesitura un padre de familia de cincuenta y cinco años, rodeado de varios millones de parados que no consiguen encontrar nuevo empleo? ¿Vale la pena ganar dos pleitos (el de cognición y el de ejecución), pagando honorarios a un abogado o a un graduado social, para encontrarse ante semejante dilema?**

Evidentemente, dada esta injusta legislación, el remedio que conviene al trabajador es la declaración de nulidad del traslado o modificación sustancial decretados por el empresario, pues «si la sentencia declarara la nulidad de la medida empresarial, su ejecución se efectuará en sus propios términos»¹⁶.

Respecto de esta nulidad, tanto el Estatuto de los Trabajadores como la Ley de Procedimiento Laboral parecen ceñirla sólo a la utilización en fraude de ley por el empresario de los criterios legales para distinguir entre traslados individuales y colectivos¹⁷ y modificaciones sustanciales individuales y colectivas¹⁸. Es claro, sin embargo, que la nulidad puede ser judicialmente declarada por motivos distintos, como en el caso de que la decisión empresarial resultase discriminatoria o violadora de los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores¹⁹. Además, según interpretación razonable de reiterada jurisprudencia laboral, existe asimismo nulidad de la decisión modificativa cuando

¹⁴ Según el Estatuto de los Trabajadores, a propósito de la movilidad geográfica, «la sentencia declarará el traslado justificado o injustificado y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser reincorporado al centro de trabajo de origen» (artículo 40, apartado 1, párrafo quinto, inciso segundo); y a propósito de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, que «la sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones» (artículo 41, apartado 3, párrafo tercero, inciso segundo).

¹⁵ El apartado en cuestión del precepto afirma literalmente lo siguiente: «cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por causa de lo previsto en el artículo 50.1.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores conforme a lo establecido en los artículos 277, 278 y 279 de la presente Ley».

¹⁶ Artículo 138, apartado 7, inciso primero, de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁷ Artículo 40, apartado 1, párrafo sexto, del Estatuto de los Trabajadores, y artículo 138, apartado 5, párrafo tercero, de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁸ Artículo 41, apartado 3, párrafo cuarto, del Estatuto de los Trabajadores, y artículo 138, apartado 5, párrafo tercero, de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁹ Al respecto, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 84/2002, de 22 abril, a propósito de modificaciones funcionales discriminatorias por razones sindicales.

el empresario hubiese incumplido el «procedimiento» legal o convencionalmente previsto para adoptar la misma²⁰.

Todas estas insuficiencias se explican por causa de la clara preferencia legislativa por la extinción del contrato de trabajo si es que el trabajador no está de acuerdo con la modificación del contenido del mismo impuesta por el empresario. En esta línea, a propósito de los traslados, el Estatuto de los Trabajadores afirma que «notificada la decisión de traslado, el trabajador tendrá derecho a optar entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades»²¹. Y a propósito de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo —con una indemnización aún más reducida— que «en los supuestos ... [de modificación de la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo y régimen de trabajo a turnos], si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses»²².

§3. En Derecho comparado, nada hay comparable a la lamentable situación española que acaba de describirse, aun cuando las variantes nacionales europeas sean muchas. Con toda seguridad, esto último se debe a que no existe ningún Derecho de la Unión Europea regulador del tema. Al respecto, **por ejemplo, la legislación francesa permite al trabajador rechazar e impedir la puesta en práctica de la modificación de su contrato —a diferencia de lo que sucede en España—**, de manera que lo único que el empresario puede hacer para vencer su resistencia es proceder al despido del trabajador en cuestión, arriesgándose a tener que asumir las consecuencias indemnizatorias máximas, si es que careciese de causa «real y grave» para operar la modificación del contrato de trabajo. **En cambio, la legislación alemana otorga a la decisión empresarial carácter ejecutivo —al igual que sucede en España—, pero permitiendo al trabajador afectado impugnarla como si hubiese sido objeto de un despido, de manera que si tuviese éxito en el pleito —al conseguir que la modificación se declare injustificada—, el empresario estaría obligado a reintegrarle en exactamente las mismas condiciones de trabajo de que disfrutaba antes de haberse producido el cambio, que es lo que no sucede en España.** Las legislaciones francesa y alemana, a pesar de todas sus diferencias, coinciden en la imposibilidad de que el

²⁰ Al respecto, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 octubre 2003 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2004/48), fallada en casación ordinaria, y Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 septiembre 2008 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia AS 2009/1681).

²¹ Artículo 40, apartado 1, párrafo cuarto, inciso primero.

²² Artículo 41, apartado 3, párrafo segundo.

empresario seleccione sin criterio objetivo alguno —a diferencia de lo sucede en España— quién (por sus cargas familiares, edad, antigüedad, etc.) será el trabajador ordinario afectado por la medida empresarial de modificación del contrato de trabajo²³.

La legislación francesa sobre el tema se encuentra contenida en los artículos L. 1222-6 a L. 1222-8 del Código del Trabajo de 2008, ubicados en un Capítulo rotulado «Ejecución y modificación del contrato de trabajo [*Exécution et modification du contrat de travail*]»²⁴.

Por su parte, la legislación alemana se encuentra contenida en el párrafo 2 (rotulado «Novación extintiva [*Änderungskündigung*]») de la Ley de Protección contra el Despido de 1951²⁵.

En Gran Bretaña, el Tribunal de Apelación de Empleo (*Employment Appeal Tribunal*) reconoce al trabajador una verdadera panoplia de posibilidades de defensa jurídica —hasta cuatro distintas—, frente a la imposición por el empresario de una «variación unilateral del contrato de trabajo [*unilateral variation of the contract of employment*]»²⁶.

²³ En el conjunto de preceptos del Estatuto de los Trabajadores que venimos tratando, el artículo 40 se limita a indicar que «los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en los puestos de trabajo a que se refiere este artículo» (apartado 5). Con un carácter vergonzosamente dispositivo, la Ley 40/2003, de 18 noviembre, de protección a las familias numerosas, afirma que «los convenios colectivos podrán incluir medidas para la protección de los trabajadores cuya familia tenga la consideración legal de familia numerosa, en particular en materia de derechos de los trabajadores, acción social, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y extinción del contrato de trabajo», aunque estos beneficios convencionales «se entenderán sin perjuicio de las demás preferencias establecidas por la legislación que se encuentre en vigor en cada momento» (artículo 10).

²⁴ El caso judicial clave, a propósito de este mismo tema, es una Sentencia de la Sala de lo Social de la Corte de Casación de 26 noviembre 2002 (núm. de recurso 00-44517), a cuyo tenor «cuando un trabajador rechaza la modificación de su contrato de trabajo el empresario debe, bien restablecerle en su empleo, bien extraer consecuencias de la negativa poniendo en marcha el procedimiento de despido».

²⁵ Según este precepto, «si el empresario extingue la relación laboral y ofrece al trabajador en conexión con la extinción la continuación de la relación laboral en condiciones laborales modificadas, entonces el trabajador podrá aceptar esta oferta con la salvedad de que la modificación de las condiciones laborales no sea socialmente injustificada ...» (inciso primero), teniendo en cuenta que «esta reserva debe manifestarla el trabajador al empresario dentro del plazo extintivo, pero como muy tarde dentro de las tres semanas siguientes a la notificación del despido» (inciso segundo). Nuestra traducción castellana de esta Ley, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 168 y ss.

²⁶ Más en concreto, dimitir y demandar por despido indirecto, negarse a cumplir y forzar al empresario a que le despidiera, cumplir y demandar por daños y perjuicios, y cumplir y demandar directamente por despido ilegal, supuesto que la variación sea tan grave que implique la ruptura del contrato (cfr. caso *Robinson v Tescom Corporation* [7 febrero 2008], referencia UKEAT/0567/07). Sobre cuándo la variación implica la extinción del antiguo contrato y la oferta de uno nuevo, véase caso *Cumbria County Council v Ms. E. Douw and others* (18 mayo 2007), referencia UKEAT/0148/06.

Lesson 10

“TAKE IT OR LEAVE IT” FOR THE WORKER IN FRONT OF THE MODIFICATION OF HIS CONTRACT OF EMPLOYMENT

Contents: §1. *The substantive and procedure sources ruling the modification of the contents of the contract of employment.* §2. *Specially, the functionality of paragraph 6 of section 138 of the Labor Proceedings Act.* §3. *The regulation of the modification of the contents of the contract of employment in the French, German, and British legal orders.*

§1. The modification of the contents of the contract of employment is ruled in two kind of sources. On the one hand, **the substantive sources, focused** —in its essentials— **on three successive norms of the Workers’ Statute, which are its section 39** (headed «Functional mobility»), **its section 40** (headed «Geographic mobility»), **and its section 41** (headed «Substantial modifications of the conditions of employment»). On the other hand, **the adjective or procedure sources, focused on section 138 of the Labor Proceedings Act** —a very dense norm—, ruling the special labor proceeding about «Geographic mobility and substantial modifications of the conditions of employment». **They are —since their amendments in 1994— norms recognizing to the employer not only the right to change** accidental elements of the contract of employment (that is, the **traditionally called «*ius variandi*»**), **but also the power of imposing** to the worker modifications of essential elements of the contract of employment (**therefore, a true «*potestas mutandi*»**). Section 44 of the Workers’ Statute recognizes that the transfer of undertaking (that is, the change of the owner of the enterprise) —which «will not extinguish by itself the labor relationship»— is the perfect occasion to implement changes and, therefore, the modification of the contents of the contract of employment. Among these modifications the employer can try to impose to the worker, section 41 of the Workers’ Statute expressly mentions six groups of them, while section 40 of the Workers’ Statute refers, on its side, to the possible modification of the workplace, which is not only a mere condition of employment, but even a true condition of life (supposing that the worker organizes his private life where he lives). **Above the web of technocratic distinctions contained in these kilometric sections 40 and 41** —aimed at protecting the workers in

front of collective modifications—, **the cruel reality is that the individual worker is defenseless** —supposing that he does not want to lose his job— **before an arbitrary modification of three essential contents of his contract of employment (functions to be performed, timetable, and workplace), given the intolerable wording** —to be seen in a moment— **of paragraph 6 of section 138 of the Labor Proceedings Act.**

§2. The facts we are thinking about —real as the life itself— are the following ones: (1) after a transfer of undertaking, the new employer orders to a worker with seniority (head of a large family, because he has three children) a functional change (from clerk to cleaner of the premises), and even, the performance of these new functions in another different factory of the same enterprise (located five hundreds kilometers away), alleging that the measure supposedly «contributes to improve the situation of the enterprise by means of a more adequate organization of its resources»; (2) logically, the worker judicially challenges this employer's decision, although given that the decision has an «executive» character —being lawful or wrongful—, he has the duty to implement his new cleaning functions in his new factory (where he had to look for a provisionary home), supposing that he does not assume the risk to become disciplinary dismissed, because of disobedience; (3) the competent Labor Court adjudges the case, declaring as «unjustified» the employer decision, bearing in mind that the employer had not even taken the trouble of defending himself in the labor proceeding; (4) despite this judicial Decision, the employer prevents the worker to be «reinstated to his original factory», as well as his «reinstatement in his former conditions» as a clerk; and (5) in the executory proceeding of the judicial Decision, the worker gets the surprise that it is not possible to judicially compel to the employer neither to reinstate him in his former conditions, nor to reinstate him in his former factory, **because paragraph 6 of section 138 of the Labor Proceedings Act only rules the choice «take it or leave it», that is, either you accept the arbitrary modification of your contract of employment, or you must leave the enterprise away** (but receiving the severance pay corresponding to a wrongful dismissal). **Before this frame of mind, what a fifty-five years old head of family will do, surrounded by some million jobless people unable to find a new job?** Is it worth to win two cases (the former for the recognition of the right, and the latter for the execution of the judicial Decision) paying fees to a lawyer or a labor advisor, to become in front of such a dilemma?

§3. In Comparative Law, there is nothing comparable to this above described deplorable Spanish situation, although the European national variants are many. Surely, this last is due to the lack of European Union Law ruling this subject-matter. On this respect, **for example, the French legislation allows the worker to refuse and to prevent the implementation of the modification of his contract—unlike the Spanish situation—**, so the only thing the employer can do, in order to eliminate this challenge, is to dismiss the worker, assuming the risk of paying the maximum severance pay, if he does not have a «real and serious» cause to implement the modification of the contract of employment. **However, the German legislation gives an executive character to the employer's decision—as in Spain—, but allowing the affected worker to challenge it as if he had been dismissed, so if he prevails before the court—because the modification is declared unjustified—, then the employer has to reinstate him in the very same conditions of employment he enjoyed before the change, which is what does not happen in Spain.** The French and German legislations, despite all of their differences, agree on the impossibility that the employer chooses without any objective criterium—unlike the Spanish situation— who (because of his family duties, age, seniority, and so on) will be the ordinary worker affected by the employer's order of modification of the contract of employment.

Tema 11

**LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
Y SUS CONSECUENCIAS DISTORSIONANTES
MÁS SORPRENDENTES**

Sumario: §1. Los cinco rasgos definidores de la situación de suspensión del contrato de trabajo. §2. La suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes y su distorsión de las cifras españolas de siniestralidad laboral. §3. Derecho comparado (alemán, francés y norteamericano) sobre la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes.

§1. La suspensión del contrato de trabajo se encuentra regulada en la sección 3ª del Capítulo III del Título I del Estatuto de los Trabajadores, artículos 45 a 48bis. De este conjunto de cinco preceptos —tres de ellos larguísimo— se desprenden los **cinco rasgos definidores** de la institución, que fue regulada sistemáticamente por vez primera en España, en 1926. En primer lugar, por lo que respecta a su finalidad, que **se trata de una institución orientada a impedir que se produzca la extinción del contrato de trabajo**, lo que explica —dado que el trabajador vive de lo que gana con su contrato— que las causas que provocan la suspensión tengan que ser muchas (y desde luego, muchas más que las que aparecen mencionadas, sin ningún ánimo exhaustivo, en los catorce subapartados ordenados por letras [desde la a) hasta la n)] en que se subdivide el apartado 1 del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores)¹. En segundo lugar, a pesar de su nombre, que se trata de una institución **que sólo provoca la suspensión de las dos obligaciones principales derivadas del contrato de trabajo**, afirmando a este respecto el Estatuto de los Trabajadores que «la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas **de trabajar y remunerar el trabajo**» (artículo 45, apartado 2)², lo que permite entender durante la suspensión —precisamente porque el contrato está vivo— que siga resultando exigible al trabajador el cumplimiento de sus deberes de

¹ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Las causas generales de suspensión: ¿numerus clausus?», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXX (1994), págs. 37 y ss.

² El artículo 52, letra b), del Estatuto de los Trabajadores incurre en un clamoroso error dogmático, al afirmar que el «contrato quedará en *suspensio*», pues —durante el lapso de tiempo a que se refiere («máximo de tres meses») — resulta que «se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo».

buena fe (pudiendo ser disciplinariamente despedido, si los incumple, por «transgresión de la buena fe contractual»)³. En tercer lugar, en lo tocante a su duración, que se trata de una institución dotada **de una estricta dimensión temporal** —la suspensión indefinida equivaldría a la extinción—, lo que explica, a su vez, que la jurisprudencia laboral se haya visto obligada a tener que deslindar suspensión y extinción, sobre todo cuando la primera se proyecta sobre contratos de trabajo de duración determinada⁴. En cuarto lugar, por lo que toca a su ámbito subjetivo, que se trata de una institución **que puede tener carácter individual o colectivo** —según que afecte a un solo contrato de trabajo o, simultáneamente, a muchos o a todos los contratos de trabajo estipulados por el empresario—, teniendo en cuenta que las suspensiones colectivas sólo se producen en cuatro supuestos («fuerza mayor temporal», crisis temporal de la empresa, «ejercicio del derecho de huelga» y ejercicio del derecho de «cierre [patronal] legal»)⁵. En quinto lugar, por lo que respecta a qué ocurre tras su desaparición, que se trata de una institución **que lleva normalmente aparejada la reserva de puesto de trabajo**, aunque este último es sólo un efecto natural —pero no esencial— de la suspensión del contrato de trabajo, puesto que hay causas suspensivas (como, por ejemplo, la excedencia voluntaria) que sólo otorgan al trabajador —una vez que la causa suspensiva del contrato desaparece— «un derecho

³ Sobre esto último, existe abundantísima y reiteradísima jurisprudencia laboral de suplicación relativa a la suspensión del contrato durante la situación de incapacidad temporal del trabajador, sosteniendo que «durante la situación de incapacidad temporal ... subsiste el deber de diligencia, que ... comporta la obligación de evitar cualquier actividad que pueda retrasar el normal proceso de curación ...», de ahí que la doctrina ... del Tribunal Supremo venga entendiendo que el desempeño de actividades que perturben el proceso de curación son constitutivas de la causa de despido ... por transgresión de la buena fe contractual» (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 18 febrero 2002 [*Aranzadi WESTLAW*, referencia AS 2002/800]); y además, que «la realización de actividades laborales por cuenta propia o ajena, durante la situación de incapacidad [temporal]...», ha venido siendo calificada por el Tribunal Supremo ... como constitutiva de una clara transgresión de la buena fe contractual [ante la empresa]...», aun en el supuesto de que dichos cometidos o trabajos fueren compatibles con la curación de su enfermedad ..., ya que sobre dicha empresa recae la obligación legal de cotizar por el trabajador enfermo» (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 enero 2006 [*Aranzadi WESTLAW*, referencia JUR 2006/84512]).

⁴ A propósito de la sanción de suspensión de empleo y sueldo impuesta a deportistas profesionales, véanse Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 enero 1990 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1990/223), de 12 febrero 1990 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1990/895) y de 16 marzo 1990 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1990/2161). Sobre esta jurisprudencia, J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Actividades profesionales y organizaciones deportivas y jurisdicción: puntos críticos», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Trabajo y Libertades Públicas*, La Ley-Actualidad (Madrid, 1999), pág. 142.

⁵ Respectivamente mencionadas en las letras i), j) [«causas económicas, técnicas, organizativas o de producción»], l) y m) del apartado 1 del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores.

preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa»⁶.

En la nómina de causas suspensivas extravagantes (por no aparecer listadas en el apartado 1 del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores), si previstas en normas legales o reglamentarias, tiene capital importancia la regulada por el artículo 9 del Real Decreto 1382/1985, de 1 agosto, regulador de la relación laboral especial del personal de alta dirección. Se trata de un precepto que aborda el ascenso de trabajador común a alto cargo laboral dentro de la misma empresa o grupo⁷. En él, se afirma —cuando nada se hubiese pactado acerca de la extinción de la relación laboral de origen— que esta última se encuentra en situación de suspensión⁸, teniendo derecho el trabajador a reanudar la misma cuando se extinga la relación laboral especial⁹.

Por lo que respecta a causas suspensivas extravagantes de creación jurisprudencial, es claro el caso del trabajador administrativamente declarado en situación de incapacidad permanente, pero que ha sido judicialmente impugnada, pues aquí existe extinción del contrato de trabajo desde el punto de vista de la relación de seguridad social (esto es, a efectos del cobro de prestaciones), mientras que en lo tocante al contrato de trabajo, éste se encuentra provisionalmente suspendido hasta que la resolución administrativa impugnada adquiere firmeza¹⁰.

En fin, existen igualmente causas suspensivas extravagantes creadas por la práctica convencional colectiva, como en el caso de las licencias o permisos no retribuidos (bien por asuntos propios, bien por otros motivos) que regulan, en beneficio del trabajador, tantos y tantos convenios colectivos.

§2. La más problemática de las causas de suspensión del contrato de trabajo —por todas las distorsiones que su peculiar régimen jurídico viene produciendo— es la «incapacidad temporal de los trabajadores»¹¹, si es que la misma hubiese sido provocada por riesgos comunes

⁶ Artículo 46, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores. El efecto natural de la suspensión aparece regulado en el apartado 1 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual «al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la *reincorporación al puesto de trabajo reservado*, en todos los supuestos a que se refiere el apartado 1 del artículo 45 excepto en los señalados en los párrafos a) [mutuo acuerdo de las partes] y b) [las consignadas válidamente en el contrato] del mismo apartado y artículo, en que se estará a lo pactado». Los efectos accidentales de la suspensión pueden referirse a su impacto sobre el término de duración del contrato, teniendo en cuenta que en el caso de los contratos formativos y de los contratos de duración determinada, salvo que se pacte otra cosa, la suspensión no comporta la interrupción del concreto período de vigencia pactado ni, por consiguiente, la ampliación de la duración del contrato, cabiendo que se extingan durante la situación de suspensión por la llegada del término (cfr. artículo 19, apartado 2, del Real Decreto 488/1998, de 27 marzo; y artículo 7 del Real Decreto 2720/1998, de 18 diciembre); y a la inversa, que el período de prueba sólo se interrumpa por la suspensión del contrato de trabajo, si así lo pactan expresamente empresario y trabajador, pues el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores afirma que «las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, y adopción o acogimiento, que afecten al trabajador durante el período de prueba interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes» (apartado 3, párrafo segundo).

⁷ Cfr. su apartado 1.

⁸ Cfr. su apartado 2.

⁹ Cfr. su apartado 3.

¹⁰ Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 mayo 1994 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1994/5355), fallada en casación para la unificación de doctrina.

¹¹ Mencionada en la letra c) del apartado 1 del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores.

(esto es, por enfermedad común o por accidente no laboral). En este caso, el trabajador no puede trabajar (porque está físicamente impedido de hacerlo) y, en consecuencia, deja de cobrar temporalmente su salario. Pero dado que su contrato de trabajo está vivo (y coleando), el empresario se ve obligado no sólo a tener que seguir cotizando a la seguridad social por dicho trabajador, sino también a tener que abonarle —hasta el día decimoquinto de la baja— el subsidio de incapacidad temporal¹², que es una prestación de seguridad social privatizada en 1992, pues a partir de este año —por causa de la crisis económica entonces existente— se eliminó el derecho del empresario a compensarse de estos pagos, deduciéndolos de las cotizaciones de seguridad social que debía ingresar al mes siguiente de efectuarlos. Por ello —**a partir de 1992—, una parte significativa del pequeño empresariado español reacciona** frente a la privatización de dicha prestación de seguridad social —que nuestro Tribunal Constitucional se apresuró a convalidar con una sorprendente rapidez¹³—, **transformando (con la connivencia del trabajador afectado) la incapacidad temporal derivada de riesgos comunes en una incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo** (en consecuencia, **cursando el correspondiente parte fraudulento de accidente de trabajo**)¹⁴, amparado por el cúmulo de circunstancias siguiente: 1) el hecho de que, en caso de baja por accidente de trabajo, quien paga el subsidio de incapacidad temporal desde el primer día siguiente al de la baja no es el empresario, sino la correspondiente entidad aseguradora del riesgo (normalmente, una mutua patronal de accidentes de trabajo)¹⁵; 2) el hecho de que legalmente el trabajador cobra más en concepto de subsidio, si su incapacidad temporal deriva precisamente de accidente de trabajo, y no de riesgos comunes¹⁶; y 3) el hecho de que la impunidad del asunto estaba y sigue estando relativamente garantizada, supuesto que nadie (tampoco la Inspección de Trabajo) investiga en España los accidentes de trabajo leves, aun cuando produzcan la baja del trabajador en su trabajo¹⁷. Sólo así

¹² Cfr. artículo 131, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley General de la Seguridad Social.

¹³ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/1994, de 10 febrero; también, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 129/1994, de 5 mayo.

¹⁴ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Una explicación jurídica verosímil de lo aparentemente inexplicable: ¿por qué se registran en España tantos accidentes de trabajo “leves” con baja en el trabajo?», *Tribuna Social*, núm. 199 (2007), págs. 15 y ss.

¹⁵ Cfr. artículo 131, apartado 1, párrafo primero, de la Ley General de la Seguridad Social.

¹⁶ Cfr. artículo 2, apartado 1, párrafo primero, del Decreto 3158/1966, de 23 diciembre; y artículo único del Real Decreto 53/1980, de 11 enero.

¹⁷ Cfr. artículo 9, apartado 1, letra d), de la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales.

se explica —a partir siempre de 1992— el incremento espectacular, sin precedentes en ningún otro país de la Unión Europea, de las cifras españolas de siniestralidad laboral (referidas a accidentes de trabajo leves con baja en el trabajo, ocurridos sobre todo en pequeñas empresas, a trabajadores fijos, en lunes y a primeras horas de la mañana, y relativos a lesiones no aparentes en partes poco comprometidas del cuerpo humano, como torceduras, esguinces, etc.)¹⁸.

La solución eficaz de este grave y abochornante problema social y jurídico pasa por descartar una actitud puramente represora por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas, y de su policía laboral (esto es, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social); y ello, no sólo por causa del carácter aparentemente masivo del fraude causante de nuestras intolerables cifras actuales de siniestralidad laboral, sino sobre todo por causa de que esa represión parece que también obligaría a actuar contra muchos miles y miles de trabajadores españoles, al resultar imposible que el fraude subyacente a esas cifras tan abultadas se materialice sin la «connivencia» entre empresario y trabajador, para que el segundo obtenga prestaciones de seguridad social que no le corresponden¹⁹.

Por lo demás, la reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral, del tipo de las previstas en el Real Decreto 404/2010, de 31 marzo, no resulta en absoluto eficaz, supuesto que la causa de nuestras abultadas cifras de siniestralidad laboral es, en buena medida, el fraude que acaba de describirse.

La solución del problema urge, visto que las alucinantes cifras españolas de siniestralidad laboral provocan el incumplimiento por España de lo dispuesto en el artículo 3 de la Carta Social Europea originaria de 1961, según constata el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa²⁰.

§3. Pensando en reconducir de algún modo estas intolerables cifras de accidentes de trabajo fraudulentos (sobre todo «leves», recuérdese) que tenemos en España, el ordenamiento alemán podría suministrar un buen modelo a tener en cuenta, si es que el legislador español pretendiese volver las cosas al estado en que se encontraban antes de 1992 (esto es, cuando nuestras cifras de siniestralidad laboral eran aún normales), procediendo a publicar de nuevo este subsidio que tanto daño hace al pequeño empresario español. En efecto, **en Alemania —al igual que sucede en España—, el empresario está obligado a abonar al trabajador el subsidio de**

¹⁸ Véase, con el correspondiente análisis estadístico, J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Una explicación jurídica verosímil de lo aparentemente inexplicable: ¿por qué se registran en España tantos accidentes de trabajo “leves” con baja en el trabajo?», cit., págs. 16-17.

¹⁹ Téngase en cuenta que la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social considera infracción muy grave («de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones»), literalmente, «la connivencia con el empresario para la obtención indebida de cualesquiera prestaciones de la seguridad social» (artículo 26, apartado 3). Acerca de las sanciones eventualmente aplicables en estos casos, véase artículo 47, apartados 1 y 3, de la propia Ley.

²⁰ Al respecto, véase *supra*, Tema 9, §3.

incapacidad temporal derivado de riesgos comunes (llamado allí «pago continuado del salario [*Entgeltfortzahlung*]), durante un período que se extiende, como regla, hasta un máximo de «seis semanas». **Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en España, la entidad gestora alemana del seguro de enfermedad común reembolsa al empresario hasta el «80 por ciento» de los pagos que hubiese efectuado** por este concepto al trabajador temporalmente incapacitado —permitiendo descontárselos luego, como ocurría en España hasta 1992, de las cotizaciones por seguros sociales que tiene el deber ingresar—, **supuesto** siempre, eso sí, **que se trate de un empresario pequeño** (literalmente, «a los empresarios que empleen, como regla, no más de 30 trabajadores y trabajadoras [*nicht mehr als 30 Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen*], excluidos los contratados para su formación profesional»).

En Alemania, la regulación del tema aparece contenida en dos Leyes (la Ley sobre el Pago del Salario en Días Festivos y en Caso de Enfermedad [*Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall*] de 1994, y la Ley sobre Compensación de los Gastos Empresariales por Pago Continuo del Salario [*Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung*] de 2005), que no son —por paradójico que pueda resultar— Leyes de seguridad social, sino Leyes puramente laborales²¹.

En Francia, al menos entre los días cuarto y decimoquinto de la baja derivada de riesgos comunes, la posición del empresario francés resulta menos gravosa que la del empresario español, pues —sobre la base de que el trabajador en baja percibirá en concepto de subsidio (técnicamente, «prestaciones en metálico del seguro de enfermedad [*prestations en espèces de l'assurance maladie*]) aproximadamente un noventa por ciento de su salario— algo más de la mitad de esta cuantía la abona directamente la entidad gestora (según previene el Código francés de la Seguridad Social)²², mientras que el resto (pero sólo a partir del undécimo día de baja) lo abona directamente el empresario (por aplicación de una Ley extravagante respecto de dicho Código)²³.

En los Estados Unidos —con su peculiar lógica de aliviar de cargas laborales a las pequeñas empresas—, la denominada Ley del Permiso Médico y Familiar (*Family and Medical Leave Act*) de 1993²⁴ obliga al empresario a suspender el contrato de trabajo por causa de enfermedad común del trabajador que le incapacite para trabajar, aunque se trata de una Ley aplicable sólo en el plano federal y sólo a medianas o grandes empresas²⁵.

²¹ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Las estructuras normativas del Derecho austríaco del Trabajo y de la Seguridad Social. Estudio comparado con el Derecho alemán», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. III (2011), pág. 95.

²² Cfr. artículos L. 323-1 a L. 323-7 del Código francés de la Seguridad Social.

²³ Se trata de la Ley núm. 78-49, de 19 enero 1978.

²⁴ Recopilada en el Capítulo 28 del Título 29 del Código de los Estados Unidos, secciones 2601 a 2654.

²⁵ Supuesto que «el término “trabajador con derecho” no incluye ... ningún trabajador de un empresario que está empleado en un lugar de trabajo en el que dicho empresario emplea menos de 50 trabajadores, si el número total de trabajadores empleados por dicho empresario dentro de las 75 millas circundantes al lugar de trabajo es menos de 50» [sección 2611(2)(B)(ii) del Título 29 del Código de los Estados Unidos].

Lesson 11

*THE SUSPENSION OF THE CONTRACT OF EMPLOYMENT
AND ITS MORE SURPRISING, DISTORTING CONSEQUENCES*

Contents: §1. *The five defining features of the suspension of the contract of employment situation.* §2. *The suspension of the contract of employment by temporary disability deriving from common risks, and its distortion of the Spanish figures about accidents at work.* §3. *Comparative (German, French, and USA) Law about suspension of the contract of employment by temporary disability deriving from common risks.*

§1. The suspension of the contract of employment is ruled in Subchapter 3rd of Chapter III of Title I of the Workers' Statute, sections 45 to 48bis. From this set of five norms—three of them very long—outcomes the **five defining features** of the institution, which was systematically ruled for the first time in Spain, in 1926. Firstly, regarding its purposes, that **it is an institution aimed at preventing that the termination of the contract of employment occurs**, what explains—given that the worker lives of the earnings deriving from his contract—that the reasons provoking the suspension have to be many (and of course, many more than the ones mentioned, without any exhausting purpose, in the fourteen subparagraphs ordered by letters in a row [from a) to h]) in which paragraph 1 of section 45 of the Workers' Statute is subdivided). Secondly, despite its name, that it is an institution **which only provokes the suspension of the two main obligations deriving from the contract of employment**, stating to this effect the Workers' Statute that «the suspension exonerates from the reciprocal obligations **of working and remunerating the work**» (section 45, paragraph 2), what allows to understand that during the suspension—just because the contract is alive—the fulfilment of his good faith duties is still enforceable for the worker (being possible to disciplinary dismiss him, if he fails to fulfil them, by «violation of the contract good faith»). Thirdly, regarding its length, that it is an institution **with a strict temporary length**—the indefinite suspension tantamounts a termination—, what explains, in its turn, that the labor case Law was impeded to mark the boundaries of suspension and termination, above all when the former is applied to fixed-term contracts of employment.

Fourthly, regarding its personal scope, that it is an institution **with a possible individual or collective character**—depending on its application to only one contract of employment or, simultaneously, to many or the whole contracts of employment entered into by the employer—, bearing in mind that the collective suspensions are only possible in four situations («temporary act of God», temporary crisis of the enterprise, «carrying out the right to strike», and carrying out the right to «lawful lockout»). Fifthly, regarding what happens after its expiration, that it is an institution **normally accompanied by the reservation of the job**, although this last is only a natural—but not essential—effect of the suspension of the contract of employment, because there are many suspension reasons (as, for example, the voluntary leave of absence) which only entitle to the worker—after the suspension reason has expired— «a priority right to reinstatement in a vacancy having an equal or similar category to his former one, existing or going to exist in the enterprise».

§2. The most troubling reason of suspension of the contract of employment—because of the distortions that its peculiar legal regime are provoking— **is the «temporary disability of the workers», if the same was caused by common risks (that is, by common disease or accident not at work)**. In this case, the worker can not work (because he is physically disable to do it) and, as a consequence, he does not temporary earn his salary. But, given that his contract of employment is alive (and kicking), the employer is compeled not only to still pay the social security contributions corresponding to that worker, but also to pay him—up to the fifteenth day of the absence—the temporary disability allowance, which became a private social security benefit in 1992, since in this year—because of the economic crisis then existing—the right to the employer to compensate these payments, by means of their deduction from the social security contributions to be paid in the following month, was eliminated. Therefore—**since 1992**—, **a significant part of the small Spanish enterprises reacts** in front of the privatization of such social security benefit—whis was convalidated with a surprising speed by our Constitutional Court— **transforming (with the consent of the affected worker) the temporary disability deriving from common risks in a temporary disability deriving from an accident at work** (and, as a consequence, **filing the corresponding fraudulent accident at work form**), under the cover of the following set of circumstances: (1) the

fact that, in the case of leave of absence because of accident at work, the person who pays the temporary disability allowance since the first day subsequent to the absence is not the employer, but the corresponding assurance entity of the risk (usually, an accidents at work mutua); (2) the fact that from a statutory viewpoint the worker earns a higher allowance in the event that his temporary disability just derives from an accident at work, and not from common risks; and (3) the fact that the impunity of the affair was and is still relatively guaranteed, supposing that anyone (including the Labor Inspection) investigates in Spain the non serious accidents at work, even when they provoke the absence of the worker. This is **the only explanation —always since 1992— for the spectacular raising**, without precedents in any other country of the European Union, **of the Spanish figures of accidents at work (if referred to non serious accidents at work with absence**, above all occurred in small enterprises, to indefinite term workers, on Mondays and at the first hours of the morning, and relating to non apparent injuries in less delicate parts of the human body, as twistings, sprains, and so on).

§3. Thinking about redirecting in some way these intolerable fraudulent accidents at work figures (above all, «non serious» ones, let us remember) we have in Spain, the German legal order would be able to give a good model to bear in mind, should the Spanish legislator pretend to back the situation to the existing one before 1992 (that is, when our accident at work figures were still normal ones), proceeding to become again this allowance, which so strongly damages to the Spanish small employer, in a public one. Indeed, **in Germany —as well as in Spain—, the employer must pay to the worker the temporary disability allowance deriving from common risks** (called there «continous salary payment [*Entgeltfortzahlung*]), during a period covering, as a general rule, up to a maximum of «six weeks». **However, unlike what happens in Spain, the German assurance entity competent for the common disease assurance reimburses to the employer up to the «80 per cent» of the payments made by him** for that concept to the temporary disability worker —allowing him to compensate it then, as it happened in Spain up to 1992, with the social security contributions to be payed—, always **supposing that it is a small employer** (literally, «to the employers employing, as a general rule, no more than 30 male and female workers [*nicht mehr als 30 Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen*], excluding the ones hired for their professional training»).

LOS DOS MELLIZOS TERMINADORES ESTELARES DEL
CONTRATO DE TRABAJO, POR CAUSAS INDEPENDIENTES DE
LA VOLUNTAD DEL TRABAJADOR

Sumario: §1. Las fuentes reguladoras de la extinción contractual por causas independientes de la voluntad del trabajador (y en especial, del despido colectivo y del despido objetivo). §2. La facilitación legal del despido colectivo y del despido objetivo. §3. La imposibilidad de eliminación selectiva de los trabajadores mayores, por causas independientes de su voluntad, en los ordenamientos alemán y francés.

§1. Las causas justas extintivas del contrato de trabajo independientes de la voluntad del trabajador —en las que hay que presumir que el trabajador no quiere perder su puesto de trabajo— aparecen mencionadas en las letras e), f), g), h), i) y l) del apartado 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. Si se tiene en cuenta el dato de la eventual existencia de un deber del empresario de tener que indemnizar al trabajador —a pesar del carácter lícito de la extinción del contrato de trabajo—, estas seis letras **pueden subdividirse en dos porciones, según que tengan carga indemnizatoria o no** la tengan. En efecto, en el caso de las causas mencionadas en las letras e) [muerte e incapacidad permanente del trabajador] y f) [jubilación del trabajador]¹ no existe ningún deber indemnizatorio que soporte el empresario, mientras que en el caso de las cuatro letras restantes, en cambio, el empresario sí está obligado a tener que indemnizar al trabajador, tras la extinción lícita del contrato de trabajo. De entre estas cuatro letras relativas a extinciones con carga indemnizatoria, **las más importantes son** las letras i) y l) —relativas, respectivamente, a **la extinción lícita del contrato de trabajo «por despido colectivo»**, de un lado, y «por causas objetivas legalmente procedentes»

¹ Sobre las implicaciones constitucionales del asunto —evidentes, en lo tocante a una eventual discriminación por razón de edad—, en los precedentes inmediatos del precepto estatutario actualmente en vigor, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La jubilación por edad y los convenios colectivos. Efectos de la derogación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores», *Actualidad Laboral*, suplemento al núm. 8 (2002), págs. 143 y ss. Con una perspectiva iuscomparatista del asunto, A. ARUFE VARELA, «La protección de los intereses del trabajador individual frente a su jubilación forzosa pactada en convenio colectivo. Un apunte de Derecho Comparado sobre la regulación del tema en las legislaciones laborales y de Seguridad Social de España y de Francia», *Actualidad Laboral*, núm. 9 (2006), págs. 1027 y ss.

(esto es, **por «despido objetivo»**)², del otro—, fundamentalmente porque son, con mucho, las causas justas extintivas independientes de la voluntad del trabajador de más frecuente ocurrencia en la realidad diaria (y mucho más, en la situación de crisis económica aguda en que nos encontramos). **Ambas cuentan, además, con un desarrollo legal explícito y muy detallado en el propio Estatuto de los Trabajadores**, contenido en su artículo 51 (por lo que respecta al despido colectivo) y en sus artículos 52 y 53 (por lo que respecta al despido objetivo).

La regulación legal de los despidos colectivo y objetivo se completa con preceptos contenidos en la Ley de Procedimiento Laboral³ y en la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal.

Aunque la terminología procedente del Derecho de la Unión Europea hable de «motivos no inherentes a la persona de los trabajadores»⁴, la expresión causas o motivos «independientes de la voluntad del trabajador» es la que mejor se acomoda al contenido del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores⁵ y, además, la más tradicional en nuestro Derecho, evidenciándolo así la Ley de Jurados Mixtos de 1931, según la cual «el despido de un obrero podrá estar justificado por causas imputables al mismo o por *motivos independientes de su voluntad*», teniendo en cuenta que «el primer caso no dará derecho a indemnización ninguna», mientras que «en el segundo (crisis de trabajo, cesación de la industria o profesión, naturaleza eventual o limitada del trabajo de que se trate, etc.), el obrero podrá exigir los salarios correspondientes al plazo de preaviso normal»⁶.

Aparte el despido colectivo y el despido objetivo, los otros dos grupos de causas extintivas independientes de la voluntad del trabajador —sobre las que planea la sombra del despido colectivo— son, de un lado, la «fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el apartado 12 del artículo 51 de esta Ley»⁷; y de otro lado, la «muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante», teniendo en cuenta que «en los casos de muerte jubilación o incapacidad del empresario, el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario», y además, que «en los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del artículo 51 de esta Ley»⁸.

El despido colectivo y el supuesto modelo de despido objetivo —que es el regulado en la letra c) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a «la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos

² Acerca de esta denominación tan cómoda, pero también irreprochablemente legal, véanse artículos 39, apartado 3, y 85, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores.

³ Cfr. artículos 120 a 124.

⁴ Por ejemplo, en el artículo 1 de la Directiva mencionada *infra*, §3.

⁵ Su artículo 51 refleja, de todos modos y con lógica «transponedora», dicha terminología europea.

⁶ Artículo 46. Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Despidos colectivos: libertad de empresa y acción administrativa en España», en E. BORRAJO DACRUZ (Editor), *La reforma del mercado de trabajo*, Actualidad Editorial, SA (Madrid, 1993), págs. 789 y ss.

⁷ Letra h) del apartado 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores.

⁸ Todo ello, en la letra g) del apartado 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores.

de trabajo»— **son** los dos despidos en que primero piensa el empresario, cuando considera que en su empresa existen trabajadores redundantes o sobrantes. Se trata de **dos hermanos mellizos**, desde el punto de vista de los supuestos de hecho que pueden justificarlos, **porque** ambos tipos de despidos **obedecen al mismo tipo de causas** (literalmente, «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción»), de las cuales las más importantes son las causas «económicas» (definidas por el Estatuto de los Trabajadores con mucha vacilación, en términos no jurídicos y evitando referirse a que la empresa se encuentra en situación de «crisis»)⁹. **Y también**, desde el punto de vista de la carga indemnizatoria que soporta el empresario, **porque la indemnización a cobrar por el trabajador lícitamente despedido es idéntica en uno y otro caso** (esto es, supuesta siempre la «procedencia» o justificación del despido, al empresario le toca abonar la cantidad de «veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades»).

Según el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores —al que remite su artículo 52, letra c)—, «se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo»¹⁰, teniendo en cuenta que «a estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado»¹¹.

La inseguridad jurídica creada por estas pseudo-definiciones provoca que el empresario, receloso del resultado del pleito a que un despido objetivo puede dar lugar, se decante por la vía —teóricamente más cara— del despido disciplinario improcedente (eso sí, en su modalidad popularmente conocida como «despido *express*»)¹².

Los otros supuestos de despido objetivo —asimismo regulados en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores—, pero distintos del «modelo» citado (o supuesto alfa), son

⁹ Asimismo con una absoluta falta de acribia, el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores —al que remite el artículo 52, letra c)— procede a definir los otros tipos de causas, en los siguientes términos: «Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado» (apartado 1, párrafo tercero, inciso primero), teniendo en cuenta que «a estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda» (*ibidem*, inciso segundo).

¹⁰ Apartado 1, párrafo segundo, inciso primero.

¹¹ *Ibidem*, inciso segundo.

¹² Sobre este último, véase *infra*, Tema 13, §4.

la «ineptitud del trabajador»¹³, la «falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo»¹⁴, el absentismo (o «faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes»)¹⁵ y la falta de consignación presupuestaria para seguir empleando trabajadores indefinidos no fijos¹⁶.

Ahora bien, aunque mellizos, **no son hermanos gemelos**. Ello se debe, en lo esencial, a tres razones. En primer lugar, **porque afectan necesariamente a cifras diferentes de trabajadores despedidos**, construidas —como regla— en función de tres parámetros (período de ocurrencia del despido [90 días], total de trabajadores de la empresa [menos de 100, entre 100 y 300, y más de 300 trabajadores] y concreto número de ese total de trabajadores de la empresa que resultará despedido [al menos 10, el 10 por 100 ó 30 trabajadores, respectivamente])¹⁷, teniendo en cuenta que por encima de estos «umbrales» el despido es colectivo, mientras que por debajo de ellos (esto es, en «número inferior») nos encontramos en presencia del supuesto modelo de despido objetivo¹⁸. En segundo lugar, **porque la forma del despido es distinta** en uno y otro caso, dado que: 1) en el despido colectivo, el empresario debe obtener autorización administrativa para poder despedir —muy facilitada, si llega a un acuerdo con los representantes de los trabajadores, sobre los despidos—, previa tramitación de un procedimiento administrativo (denominado «expediente de regulación de empleo» o ERE), prolijamente regulado en uno de los reglamentos de desarrollo del Estatuto de los Trabajadores¹⁹; y 2) en el supuesto modelo de despido objetivo, en cambio, al empresario le basta con entregar al trabajador una carta de despido, poner a disposición del propio trabajador —como regla, al entregarle la carta— la indemnización (de 20 días, etc.) a que antes hicimos referencia, y preavisarle (con «un plazo de preaviso de quince días») de que va a ocurrir su despido²⁰. Y en

¹³ Cfr. letra a).

¹⁴ Cfr. letra b).

¹⁵ Cfr. letra d).

¹⁶ Cfr. letra e), literalmente relativa a lo siguiente: «En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate».

¹⁷ Cfr. artículo 51, apartado 1, párrafo primero, del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁸ Cfr. artículo 52, párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁹ Se trata del Real Decreto 801/2011, de 10 junio, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

²⁰ Sobre todo ello, véase artículo 53, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores.

tercer lugar, **porque las consecuencias de inobservancia de la forma son igualmente distintas**, dado que un despido colectivo practicado sin autorización administrativa es «nulo»²¹, mientras que el despido objetivo incumplidor de sus peculiares exigencias formales resulta ser sólo meramente «improcedente»²², en cuyo caso la indemnización a abonar al trabajador puede elevarse de 20 a 45 días de salario por año de servicio (con el tope de 42, en vez de sólo 12, mensualidades)²³.

En materia de determinación de los citados umbrales numéricos, tanto el Estatuto de los Trabajadores como la Ley de Procedimiento Laboral contienen una norma antifraude, relativa a lo siguiente: «Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objetivo de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo [51 del Estatuto de los Trabajadores], la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto»²⁴.

La necesidad de obtener autorización administrativa para proceder a efectuar un despido colectivo constituye una rareza típicamente española —que viene de los tiempos del franquismo—, en el contexto del mundo que nos rodea, habiéndose suprimido en Francia en 1986²⁵.

El Estatuto de los Trabajadores de algún modo favorece que el empresario no permita el transcurso del preaviso para proceder a efectuar un despido objetivo, puesto que si se atiene a dicho preaviso, entonces —durante los quince días en cuestión— «el trabajador, o su representante legal si se trata de un disminuido que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo»²⁶.

§2. La legislación le facilita al empresario el despido colectivo u objetivo de los trabajadores fijos, fundamentalmente a través de tres vías. En primer lugar, **abaratándole** —aunque se trate de un gran empresario— el coste de **la indemnización por despido «procedente»**, que pasa de 20 a sólo 12 días de salario por año de servicio, pues si el despido

²¹ Cfr. artículo 124 de la Ley de Procedimiento Laboral.

²² «No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan» (artículo 53, apartado 4, párrafo último, del Estatuto de los Trabajadores; y artículo 122, apartado 3, párrafo segundo, de la Ley de Procedimiento Laboral).

²³ Cfr. artículo 53, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores; y artículo 123, apartado 2, de la Ley de Procedimiento Laboral.

²⁴ Artículo 51, apartado 1, párrafo sexto, del Estatuto de los Trabajadores; y artículo 122, apartado 2, letra b), de la Ley de Procedimiento Laboral.

²⁵ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 197-198.

²⁶ Artículo 53, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores.

colectivo u objetivo estuviese justificado, «una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio»²⁷. En segundo lugar, **abaratándole** —si extinguiere un contrato fijo no tradicional o no «ordinario»— la cuantía de **la indemnización por despido objetivo «improcedente»** (esto es, por despido objetivo informal o por despido objetivo sin justa causa), que pasa de 45 a sólo 33 días de salario por año de servicio (con un tope de 24, en vez de 42, mensualidades). Y en tercer lugar, **dejándole manos libres para seleccionar qué trabajadores van a ser colectiva u objetivamente despedidos**, pues la única limitación legal existente a este respecto —innecesariamente recordada por los artículos 51 y 52, letra c), del Estatuto de los Trabajadores— es la relativa a que «los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa». Este vacío legal **lo que provoca, en el caso del despido colectivo**, es que el empresario y los representantes «blindados» de los trabajadores acuerden sistemáticamente despedir a los trabajadores «no blindados» de más edad (por ejemplo, a partir de 55 años) y previsiblemente de mayor antigüedad, presentando luego este acuerdo a la Administración laboral, a efectos de que esta última proceda a autorizar administrativamente —como suele hacer— el despido colectivo previamente acordado por los mismos. Aunque parezca increíble, **la eliminación selectiva de trabajadores mayores (eufemística e impropiamente llamados «prejubilados»)** es una práctica bendecida por el propio Estatuto de los Trabajadores. En efecto, su artículo 51 afirma que «cuando se trate de expedientes de regulación de empleo ... que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad ... existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial ... en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social» (aparentemente, con la finalidad de proteger a los supuestos «prejubilados», hasta que lleguen a cobrar una pensión de jubilación), pero teniendo en cuenta —ahora según la Ley General de la Seguridad Social— que «a partir del cumplimiento por el trabajador de la edad de sesenta y un años [esto es, cuatro años antes de poder cobrar la pensión de jubilación ordinaria], las aportaciones [carísimas] al convenio especial serán obligatorias y a cargo exclusivo del mismo»²⁸.

²⁷ Cfr. disposición transitoria tercera, apartado 1, de la Ley 35/2010, de 17 septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

²⁸ Cfr. su apartado 15. Sobre dicho convenio, véase A. ARUFE VARELA, *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Comares (Granada, 2003), págs. 107 y ss.

En estos casos, por tanto, la secuencia lógica es la siguiente: expediente de regulación de empleo (acordado con los representantes de los trabajadores), que provoca el despido de los trabajadores que hubiesen cumplido 55 años; a continuación, percepción por estos «prejubilados» de las correspondientes prestaciones por desempleo, eventualmente durante el máximo legal de dos años; y por último, transcurridos estos dos años, el pase de tales desempleados a la condición de jubilados anticipados (al cumplir 61 años) —entre tanto, el empresario abonaría las cuotas del citado convenio especial—, cosa que de algún modo parece convenir a la Seguridad Social, supuesta la penalización vitalicia que pasa a imponerse en su pensión a toda esta masa de jubilados²⁹.

Téngase en cuenta que desde el año 1997 existen en España dos tipos distintos de contratos de trabajo fijos o por tiempo indefinido. De un lado, el contrato fijo «ordinario», regulado en el Título I del Estatuto de los Trabajadores. De otro lado, el «contrato para el fomento de la contratación indefinida» —regulado extramuros del Estatuto de los Trabajadores, en una Ley supuestamente «coyuntural» de 2001³⁰—, popularmente llamado contrato «de los 33 días», pues cuando este contrato «se extinga por causas objetivas y la extinción sea declarada judicialmente improcedente o reconocida como tal por el empresario, la cuantía de la indemnización ... será de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades»³¹.

El abaratamiento citado del despido colectivo u objetivo procedente, en hasta 8 días de indemnización —tradicionalmente aplicable a las empresas de menos de 25 trabajadores, pero que desde 2010 también se aplica a las medianas y grandes empresas—, pretende reemplazarse por un denominado «fondo de capitalización» (del tipo del existente, por ejemplo, en países como Austria)³².

§3. El Derecho de la Unión Europea sobre el despido colectivo —contenido en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 julio 1998, que es una Directiva tan de mínimos, que sólo impone al empresario la obligación de preavisar a la Administración pública su proyecto de despido colectivo³³— **deja libertad a los Estados miembros**, al efecto de establecer o no criterios legales de selección de los trabajadores que vayan a ser colectivamente despedidos. **Pero** frente a lo que ocurre en España, donde nuestra sociedad —en este concreto punto— parece estar

²⁹ Al respecto, críticamente y con referencias de Derecho comparado, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «La nueva regulación de la prejubilación por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social», *Tribuna Social*, núm. 230 (2010), págs. 7 y ss.

³⁰ Más en concreto, en la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. Sobre el tema, véase A. ARUFE VARELA, «¿Por qué no se encuentran ni siquiera mencionados en el Estatuto de los Trabajadores los contratos de trabajo comunes y especiales de más rabiosa actualidad?», *Foro Galego. Revista jurídica* [del Colegio de Abogados de A Coruña], núm. 195 (2006), págs. 33 y ss.

³¹ Cfr. apartado 4, párrafo primero, de la disposición adicional primera de la Ley 12/2001.

³² Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «El “modelo austriaco” y su versión española», *Aranzadi Social*, núm. 21 (2011), págs. 11 y ss.

³³ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs. 197-199.

moralmente enferma, los ordenamientos laborales de **otros Estados miembros impiden la posibilidad de eliminación selectiva de los trabajadores mayores a través del despido colectivo**. Es el caso, por ejemplo, del ordenamiento alemán, que considera el despido «socialmente injustificado cuando el empresario no ha tomado en consideración o no ha tomado en consideración suficientemente en la selección del trabajador la duración de su pertenencia a la empresa, la edad, las cargas familiares y la discapacidad del trabajador»; y también, del ordenamiento francés, donde se establecen prioridades de permanencia en la empresa protectoras de los trabajadores ordinarios, que tienen en cuenta —por este orden— «las cargas familiares», «la antigüedad en el servicio» y «la situación de los trabajadores que presentan características sociales que hacen su re inserción profesional particularmente difícil, señaladamente la de personas discapacitadas y trabajadores mayores».

En Alemania, los despidos colectivo y objetivo aparecen regulados en la Ley de Protección contra el Despido (*Kündigungsschutzgesetz*) de 1951, con las denominaciones de «despidos con deber de anuncio [*Anzeigepflichtige Entlassungen*]» y despidos por «necesidades empresariales urgentes [*dringende betriebliche Erfordernisse*]», respectivamente³⁴.

En Francia, el Código del Trabajo de 2008 habla de «despido por un motivo económico [*licenciement pour un motif économique*]», pudiendo ser este último «*individuel*» o «*collectif*»³⁵.

Por paradójico que pueda resultar, la Ley federal norteamericana para el Reentrenamiento y la Adaptación del Trabajador (*Worker Adjustment and Retraining Notification Act* o, en acrónimo que es un verdadero acróstico, *WARN Act*) de 1988 es una copia (aunque no una mera réplica) de la Directiva comunitaria citada (en su versión originaria de 1975)³⁶.

³⁴ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 61 y ss.

³⁵ Cfr. artículos L 1233-1 y ss.

³⁶ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA, I. VIZCAÍNO RAMOS y R. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, «El impacto de la primera Directiva comunitaria sobre despidos colectivos en el Derecho norteamericano: la regulación de las crisis empresariales modificativas o extintivas del contrato de trabajo por la llamada Ley WARN», *Actualidad Laboral*, núm. 10 (2011), págs. 1203 y ss.

Lesson 12

*THE STARRING TERMINATOR TWINS OF THE CONTRACT
OF EMPLOYMENT, BY REASONS INDEPENDENT
OF THE EMPLOYEE'S WILL*

Contents: §1. *The sources ruling the contract termination by reasons independent of the employee's will (and namely, collective dismissal and objective dismissal).* §2. *The legal making easy of collective dismissal and objective dismissal.* §3. *The impossibility of selective elimination of senior employees, by reasons independent of their will, in the German and French legal orders.*

§1. The independent of the worker's will just reasons for terminating the contract of employment—in which it is necessary to suppose that the worker does not want to lose his job—are mentioned in letters e), f), g), h), i), and l) of paragraph 1 of section 49 of the Workers' Statute. Bearing in mind the fact of the eventual existence of an employer's duty to indemnify the worker—despite the lawful nature of the termination of the contract of employment—, these six letters **can be subdivided in two portions, depending on having or not indemnifying charge**. Indeed, in the event of the reasons mentioned in letters e) [worker's death or permanent disability] and f) [worker's retirement] does not exist any indemnifying duty in charge of the employer, while in the event of the remaining four letters, on the contrary, the employer has the duty of indemnifying the worker, after the lawful termination of his contract of employment. Among these four letters relating to terminations with indemnifying charge, **the most important ones are** letters i) and l) —respectively relating to the lawful **termination** of the contract of employment «**by collective dismissal**», on the one hand, **and** «**by objective legally lawful reasons**» (that is, **by «objective dismissal**»), on the other hand—, namely because they are, in excess, the most frequent terminating lawful reasons independent of the worker's will in the daily practice (and much more, in the acute economic crisis we are living with). Moreover, **both reasons have an explicit statutory development, very detailed in the own Workers' Statute**, which is contained in its section 51 (regarding the collective dismissal) and in its sections 52 and 53 (regarding the objective dismissal).

The collective dismissal and the model reason for the objective dismissal—which is the one ruled in letter c) of section 52 of the Workers' Statute, relating to «the objectively evidenced need of eliminating jobs»— **are** the two dismissals the employer first think about, when he considers that there are redundant workers in his enterprise. They are **twin brothers**, from the viewpoint of the facts justifying them, **because** both kinds of dismissals **obey to the same kind of reasons** (literally, «economic, technic, organization, or production reasons»), the most important of which are the «economic» reasons (defined by the Workers' Statute in a very vacillant way, with no legal words, and avoiding to mention that the enterprise is in a «crisis» situation). **And also**, from the viewpoint of the indemnifying charge stand by the employer, **because the severance pay to earn by the lawfully terminated worker is identical in both cases** (that is, always supposing that the dismissal is a «lawful» or justified one, the employer must pay the amount of «twenty salary days a year of services, or the proportional monthly part corresponding to periods lesser than one year, with a maximum of twelve months»).

However, although they are twins, **they are not identical twins**. In its essentials, this is due to three reasons. Firstly, **because they necessarily involve different figures of dismissed workers**, built —as a general rule— over three parameters (occurrence period of dismissal [90 days], the number of workers of the enterprise [lesser than 100, between 100 and 300, and more than 300 workers], and the specific figure of this number of workers of the enterprise which will be dismissed [at least 10, the 10 per 100, or 30 workers, respectively]), bearing in mind that the dismissal is a collective one over these «thresholds», while we are in front of the model reason of objective dismissal under them (that is, in an «inferior number»). Secondly, **because the form of the dismissal is different** in both cases, since: (1) in the collective dismissal, the employer must get an administrative authorization to dismiss —being very easy to get it, if he reaches an agreement with the workers' representatives about the dismissals—, after carrying out an administrative procedure (called «regulation of employment file», or, in Spanish language, ERE [*expediente de regulación de empleo*]), minutely ruled in one of the developing regulations of the Workers' Statute; and (2) in the model reason of the objective dismissal, on the contrary, it is only mandatory for the employer to give to the worker a letter of dismissal, to put at his disposal —as a general rule, in giving him the letter— the severance pay

(of twenty salary days, and so on) we have above mentioned, and to notice him (with «a fifteen days notice period») that the dismissal is going to occur. **And** thirdly, **because the consequences of failing to fulfil the form are different in both cases**, given that a collective dismissal carried out without administrative authorization is «null and void», whereas the objective dismissal failing to fulfil its peculiar formal requirements is merely «wrongful», being possible in this last case that the severance pay goes from 20 to 45 salary days a year of services (with a top of 42, instead of only 12, months).

§2. The legislation makes easy to the employer the collective or objective dismissals of indefinite workers, namely by means of three ways. Firstly, **making cheaper** —although he was a great employer— the cost of **the severance pay corresponding to a «lawful» dismissal**, which goes from 20 to only 12 salary days a year of services, because if collective or objective dismissals were justified, «a part of the severance pay corresponding to the worker will be reimbursed to the employer by the Wage Guarantee Fund, in an amount equivalent to eight salary days a year of services». Secondly, **making cheaper** —if it was terminated a non traditional or non «ordinary» indefinite contract— the amount of **the severance pay corresponding to a «wrongful» objective dismissal** (that is, corresponding to an informal objective dismissal or to a without just cause objective dismissal), which goes from 45 to only 33 salary days a year of services (with a top of 24, instead of 42, months). **And** thirdly, **leaving him free-hands to choose the workers to be collectively or objectively dismissed**, because the only statutory limitation existing to this respect —unnecessarily reminded by sections 51 and 52, letter c), of the Workers' Statute— is the one relating to that «the workers' representatives will have priority to remain in the enterprise». **What** this statutory lack **provokes, in the event of collective dismissal**, is that the employer and the «shielded» workers' representatives systematically agree to dismiss the «non shielded» aged workers (for example, those who are 55 or more years old), and supposedly with a higher seniority, introducing then this agreement before the labor Administration, with the purpose that this last administratively authorizes —as it uses to do— the collective dismissal previously agreed by themselves. Although it seems incredible, **the selective elimination of aged workers (euphemistically and improperly called «pre-retirees»)** is a practice blessed by the own Workers' Statute. Indeed, its section 51 states that «in the case of regulation of employment

files ... which include fifty or more years old workers ... shall exist the duty to pay contributions aimed at financing a special covenant ... in the terms provided for the General Act of Social Security» (apparently, with the purpose of protecting those supposedly «pre-retirees», until they were entitled to a retirement benefit), but bearing in mind —now according to the General Act of Social Security— that «since the worker is sixty-one years old [that is, four years before being entitled to the ordinary retirement benefit], the [very expensive] contributions to the special covenant shall be mandatory and to his exclusive charge».

§3. The Law of the European Union about collective dismissals —contained in the Directive 98/59/EC of the Council, of July 20th, 1998, which is a so minimal Directive, as only to impose to the employer the duty to notice to the public Administration his collective dismissal plan— **makes the member States free**, to the effect of setting or not legal criteria for choosing the workers to be collectively dismissed. **But** unlike the situation in Spain, where our society —in this specific point— seems to be morally ill, the legal orders of **other member States prevent the possibility of selective elimination of the aged workers through the collective dismissal**. This is the case, for example, of the German legal order, which considers that the dismissal is «socially unjustified when the employer has not taken into account or has not sufficiently taken into account for the choosing of the worker the length of his seniority in the enterprise, the age, family duties, and the disability of the worker»; and it is also the case of the French legal order, where there is a set of priorities protecting the ordinary workers to remain in the enterprise, which takes into account —in this order— «the family duties», «the seniority in the service», and «the situation of the workers having social characters which make particularly difficult their professional reintegration, namely the handicapped and aged people».

EL EXTINTOR ESTELAR (Y EN SU CASO, «EXPRESS») DEL
CONTRATO DE TRABAJO, POR CAUSAS DEPENDIENTES
DE LA VOLUNTAD DEL TRABAJADOR

Sumario: §1. Las fuentes reguladoras de las causas justas extintivas del contrato de trabajo, si dependientes de la voluntad del trabajador, y su clasificación. §2. El despido disciplinario. §3. La eficacia multiplicadora del coste del despido disciplinario improcedente. §4. El abaratamiento del coste del despido disciplinario improcedente, sobre todo por la vía del despido «express», también para las grandes empresas. §5. La protección desigual contra el despido, según el tamaño de la empresa, en Derecho comparado continental europeo y norteamericano.

§1. Las causas justas extintivas dependientes de la voluntad del trabajador aparecen mencionados en las letras a), b), c), d), j), k) y m) del apartado 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. Lógicamente, estas siete letras **presuponen la voluntad extintiva del trabajador**, en todo caso, **la cual puede revestir modalidades muy diversas, a clasificar** desde al menos tres puntos de vista diferenciados. Así, **desde el punto de vista del momento de su nacimiento**, puede tratarse de una voluntad extintiva presente o, por el contrario, de una voluntad extintiva pasada (esta última existe, por ejemplo, cuando empresario y trabajador acordaron en su momento que la extinción ocurriese en el futuro, bien por el transcurso de un plazo [caso previsto en la letra c)]¹, bien por cumplimiento de una condición [caso previsto en la letra b)]²; **desde el punto de vista de cuál sea la voluntad del empresario** sobre el tema de la extinción, puede tratarse de una voluntad extintiva del trabajador concorde con la de él (como en el caso del «mutuo acuerdo» extintivo [regulado en la letra a)]) o, por el contrario, radicalmente discordante de la suya (como en el caso paradigmático de la «dimisión» ordinaria [regulado

¹ Relativa a la «expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato» (párrafo primero, inciso primero). Desde un punto de vista iuscomparatista, véase A. ARUFE VARELA, «La regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial y a plazo en Alemania. Estudio comparativo con la regulación de los contratos precarios en España», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, vol. 11 (2007), págs. 73 y ss.

² Relativa a «las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario».

en la letra d)³ y, también, en la letra m)⁴], en el que el empresario no quiere que el trabajador se vaya de la empresa); y **desde el punto de vista de la forma de manifestarla el trabajador**, puede tratarse de una voluntad extintiva expresa (que requiera incluso que el trabajador cumplimente, para poder extinguir el contrato, todas las formalidades de una verdadera demanda judicial [caso previsto en la letra j)])⁵ o, por el contrario, de una voluntad extintiva meramente tácita (esto es, acreditada por hechos que demuestran que existe una voluntad actual del trabajador incompatible con la subsistencia del contrato de trabajo [caso previsto en la letra k])). De entre estas siete letras, **la más importante es la letra k)** —esto es, **la relativa al despido disciplinario** (o según dicha letra, a la extinción ocurrida «por despido del trabajador») —, **que cuenta con un desarrollo explícito** y muy detallado **en el propio Estatuto de los Trabajadores**, contenido en sus artículos 54, 55, 56 y 57.

Esta regulación sustantiva se completa con la regulación (sustantiva y adjetiva) que efectúa la Ley de Procedimiento Laboral, a propósito del proceso laboral especial de «despido disciplinario»⁶.

Desde un punto de vista práctico, resulta crucial combinar todas las causas extintivas aludidas con la regulación que de la «situación legal de desempleo» efectúa la Ley General de la Seguridad Social⁷, supuesto que el trabajador —dependiendo de cuál sea la causa de extinción del contrato— puede tener o no derecho (lo tiene, por ejemplo, en la hipótesis del despido, pero no en la de la dimisión ordinaria o el mutuo acuerdo) a cobrar prestaciones por desempleo.

Rectificando su jurisprudencia tradicional, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera ahora que no constituye dimisión el hecho de que el trabajador despedido —frente a la retractación de su empresario, que le ofrece la readmisión— se empeñe en pleitear por despido contra él, aun cuando la retractación empresarial se hubiese producido antes incluso de la conciliación administrativa⁸.

§2. El despido disciplinario es la extinción del contrato de trabajo «por decisión del empresario», pero teniendo en cuenta que se trata

³ Literalmente relativa a la «dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar». Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La dimisión del trabajador», *Actualidad Laboral*, núm. 20 (1990), págs. 227 y ss.; y J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 6 (2002), págs. 437 y ss.

⁴ Relativa a la «decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género».

⁵ Relativa a la «voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario». Sobre esta situación —doctrinalmente denominada «despido indirecto»—, véase artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.

⁶ Artículos 103 a 113.

⁷ Cfr. su artículo 208.

⁸ Al respecto, Sentencia de dicha Sala (constituida en Sala General) de 7 octubre 2009 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2009/5664), fallada en casación para la unificación de doctrina.

de una medida **basada «en un incumplimiento grave y culpable del trabajador»**⁹. Como regla, estos incumplimientos tiene que reconducirlos el empresario a alguno o algunos de los siete mencionados en el apartado 2 del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, que aparecen correlativamente ordenados por letras minúsculas, desde la a) hasta la g). **De entre los posibles siete incumplimientos contractuales intolerables del trabajador**, mencionados en dicho precepto, **dos se refieren a la obligación de trabajar**¹⁰, **uno a la obligación de obedecer**¹¹ **y los cuatro restantes a incumplimientos de los deberes de buena conducta** (y por tanto, a incumplimientos de **los deberes de buena fe**), entre los cuales el de la letra d), relativa a la «transgresión de la buena fe contractual», actúa como un verdadero cajón de sastre¹².

Las «causas justas» del despido disciplinario ligadas al ejercicio ilegal o abusivo del derecho de huelga tienen carácter «extravagante» respecto de las listadas en dicho precepto del Estatuto de los Trabajadores —las regula, con una regulación muy precaria, el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 marzo¹³—, aunque su aplicación jurisprudencial se conecta a los apartados b) y d) del precepto estatutario en cuestión.

La regla general es que los genéricos incumplimientos contractuales relatados por el Estatuto de los Trabajadores se apliquen en combinación «con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan ... en el convenio colectivo que sea de aplicación»¹⁴.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo viene declarando que «la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales»¹⁵. Esto significa de hecho que nuestro Tribunal Supremo es quizá el único Tribunal Supremo del mundo que nos rodea, que renuncia a crear jurisprudencia sobre uno de los temas cardinales del Derecho individual del Trabajo, abandonando el mismo a lo que decidan las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos o el Tribunal Constitucional. Pero esta anomalía jurídica ha comenzado a ser rectificadora (eso sí, sin reconocer que la rectificación resulta necesaria), al decidirse una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 abril 2005¹⁶, fallada en casación para la unificación de doctrina, en la que se concluye que siempre que el trabajador pretenda

⁹ Cfr. artículo 54, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁰ Más en concreto, «las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo» [letra a)], y «la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado» [letra e)].

¹¹ Más en concreto, «la indisciplina o desobediencia en el trabajo» [letra b)].

¹² Los otros tres se refieren a «las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos» [letra c)], a «la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo» [letra f)], y al «acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajen en la empresa» [letra g)].

¹³ Cfr. su artículo 16, apartados 1 y 2, y las remisiones que efectúan a otros preceptos de la propia norma.

¹⁴ Cfr. artículo 58, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁵ Véase Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 enero 2006 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2006/97).

¹⁶ *Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2005/3532.

la nulidad de su despido resulta posible, en cambio, la fijación de jurisprudencia laboral unificada por parte de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Con la finalidad de que el trabajador pueda luego defenderse judicialmente, **el empresario debe comunicar por escrito al trabajador el despido disciplinario**. Este escrito o papel —popularmente conocido con el nombre de «carta de despido»— tiene un contenido mínimo, **haciéndosele saber** a través de él al trabajador —respecto de su despido— **«los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos»**¹⁷, teniendo en cuenta que esta «fecha» puede ser o coetánea o posterior al momento de recepción de la carta, pero nunca anterior al mismo. La descripción en la carta de los «hechos» imputados al trabajador es un tema sumamente delicado para el empresario, por una doble razón. En primer lugar, porque en un eventual proceso judicial de impugnación del despido disciplinario, tramitado por el trabajador —lógicamente, en posición de demandante—, es el empresario quien soporta toda la carga de probar tales «hechos», a pesar de que figurará en el pleito en la posición procesal de demandado¹⁸. En segundo lugar, porque el Juez no le permitirá ni alegar ni probar «hechos» distintos de aquellos que hubiese imputado al trabajador en su carta de despido¹⁹.

En ocasiones, la entrega de la «carta de despido» no resulta suficiente para despedir en forma, al exigirse legalmente otras formalidades adicionales, lo que sucede: 1) «cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical», en cuyo caso resulta necesaria «la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiere»²⁰; 2) «si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato», en cuyo caso debe darse «audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato», pero sólo en el supuesto de que «al empresario le constare» el dato de la afiliación²¹; y 3) si «por convenio colectivo» —respecto de los trabajadores ordinarios— se hubieran establecido «otras exigencias formales para el despido»²².

El Estatuto de los Trabajadores regula la posibilidad de subsanación de un despido inicialmente defectuoso por motivos formales²³, afirmando que «el empresario podrá

¹⁷ Artículo 55, apartado 1, párrafo primero, del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁸ Cfr. artículo 105, apartado 1, de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁹ Cfr. artículo 105, apartado 2, de la Ley de Procedimiento Laboral.

²⁰ Artículo 55, apartado 1, párrafo tercero, del Estatuto de los Trabajadores.

²¹ Cfr. artículo 55, apartado 1, párrafo cuarto, del Estatuto de los Trabajadores.

²² Cfr. artículo 55, apartado 1, párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores.

²³ Sobre el tema, véase A. ARUFE VARELA, «Tres apuntes acerca del plazo para la realización de un nuevo despido, después de un despido previo con defectos de forma», en J. GARATE CASTRO (Coordinador), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al Profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como Doctor "honoris causa" por la Universidad de Santiago de Compostela*, Servicio de Publicaciones de la Universidad (Santiago de Compostela, 1997), págs. 123 y ss.

realizar un nuevo despido en el que cumplierse los requisitos omitidos en el precedente», pero teniendo en cuenta que «dicho nuevo despido, que sólo surtirá efectos desde su fecha, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido»; y además, que «al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social»²⁴.

Por paradójico que pueda resultar, la imposición de la «carta de despido» —por un Decreto franquista de 26 octubre 1956— tuvo en su día un carácter liberalizador, pues puso fin a la necesidad de que los Magistrados de Trabajo de la época debiesen autorizar toda clase de despidos disciplinarios, mediante la tramitación y elevación a ellos por el empresario del correspondiente «expediente con propuesta de despido».

El despido disciplinario decretado por el empresario **puede ser judicialmente declarado «como procedente, improcedente o nulo»**²⁵, teniendo en cuenta: 1) que es **procedente** o justo —en cuyo caso el trabajador no tiene derecho a percibir nada que el empresario deba abonarle, en concepto distinto de su «finiquito»²⁶— cuando en el despido se cumple la triple condición de que el empresario despidió en forma, logró probar en el pleito los hechos alegados en la carta y, por último, esos hechos probados tenían entidad suficiente (hasta alcanzar el grado citado de «incumplimiento grave y culpable») como para justificar el despido; 2) que es **improcedente** o injusto cuando falla alguna de estas tres condiciones recién citadas, en cuyo caso —si el despedido fuese un trabajador ordinario (esto es, sin cargo representativo alguno)— lo más frecuente es que el empresario privado opte por extinguir el contrato, abonando al trabajador una indemnización rígidamente tasada («cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, porrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades») ²⁷ y, además, los salarios dejados de percibir entre la fecha de efectividad del despido y la de notificación de la sentencia (o «salarios de tramitación») ²⁸; y 3) que si el despido fuese declarado **nulo** —como en el caso, por ejemplo, de los despidos discriminatorios o violadores de derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador²⁹— no

²⁴ Cfr. su artículo 55, apartado 2.

²⁵ Artículo 55, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores, y artículo 108, apartado 1, de la Ley de Procedimiento Laboral.

²⁶ A este documento liquidatorio de cantidades adeudadas y no pagadas (por ejemplo, salarios ordinarios no cobrados, parte proporcional de las vacaciones que no se disfrutaron ya, o la parte proporcional devengada de las pagas extra) se refiere el artículo 49, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores.

²⁷ Artículo 56, apartado 1, letra a), del Estatuto de los Trabajadores.

²⁸ Cfr. artículo 56, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores.

²⁹ Todos los supuestos, en el apartado 5 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores.

cabe opción empresarial de ningún tipo, pues «el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir»³⁰.

La regla citada de la opción empresarial entre readmisión y extinción indemnizada del contrato, en caso de despido improcedente, queda exceptuada al menos en los tres siguientes supuestos: 1) si el trabajador improcedentemente despedido fuese «un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical», en cuyo caso la opción le corresponde al mismo³¹; 2) si el trabajador improcedentemente despedido fuese «personal laboral fijo» al servicio de un empresario público, en cuyo caso «procederá la readmisión»³²; y 3) si el derecho de opción en favor del trabajador ordinario, o incluso su readmisión obligatoria, hubiesen sido pactados en convenio colectivo³³.

Según jurisprudencia constitucional constante desde 1981, en los casos de «despido nulo» compete al trabajador probar meramente «indicios» de la discriminación o vulneración de sus derechos fundamentales; y tras esta prueba meramente indiciaria, se invierte la carga de la prueba para el empresario, que queda obligado a «la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad», teniendo en cuenta que si el empresario no ofrece esta prueba plena, entonces quedará acreditado que discriminó o vulneró derechos fundamentales al despedir al trabajador³⁴.

Durante la década de los años ochenta del siglo pasado, la jurisprudencia laboral ideó un remedio que protegía integralmente al trabajador despedido frente a la más odiosa de las manifestaciones de mala fe o malicia del empresario. Este remedio era la categoría del despido «fraudulento» o «en fraude de ley» (que igualmente cabría calificar de verdadero despido «malicioso»), esto es, «cuando se hace al trabajador víctima de un despido ... por unos hechos ficticios, desorbitados, irreales o completamente desconectados de la relación laboral entre las partes», con el ánimo de buscar la declaración de improcedencia (y por tanto, la opción patronal por la rescisión del contrato con pago de una indemnización, eventualmente ridícula)³⁵, que la jurisprudencia laboral cortaba de raíz asimilando este tipo de despidos a los nulos por violación de derechos fundamentales y libertades públicas (y por tanto, con obligación estricta de readmitir al trabajador)³⁶. Pero esta jurisprudencia laboral

³⁰ Artículo 55, apartado 6, del Estatuto de los Trabajadores.

³¹ Cfr. artículo 56, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores.

³² Cfr. artículo 96, apartado 2, de la Ley 7/2007, de 12 abril, aprobando el Estatuto Básico del Empleado Público.

³³ Las resoluciones judiciales clásicas a este respecto son tres Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, falladas en casación para la unificación de doctrina, de 26 diciembre 2000 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2001/1877), de 5 octubre 2001 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2002/1421) y de 22 septiembre 2005 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2005/8607).

³⁴ El precedente sobre el tema es la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981, de 23 noviembre. Véanse, además, los artículos 96 y 179, apartado 2, de la Ley de Procedimiento Laboral.

³⁵ Fue, por ejemplo, el supuesto de hecho enjuiciado por una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 mayo 1986 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1986/2513), según la cual «la empresa le imputó al actor la no asistencia al trabajo en los días 27, 28, 29 y 30 de noviembre de 1984, cuando se encontraba disfrutando de permiso de matrimonio por ella concedido, pretendiendo de esta forma, con la atribución de unos hechos ficticios, obtener una Sentencia que declarase la improcedencia del despido, como así ha sucedido, y poder optar como efectivamente ha hecho, por la extinción del contrato y el abono de la correspondiente indemnización».

³⁶ Desde un punto de vista estrictamente procesal, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La tramitación procesal de los despidos discriminatorios», *Actualidad Laboral*, núm. 42 (1987), págs. 2361 y ss.

—cuya doctrina resultaría justo revivir— decayó al promulgarse la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, que ciñó la declaración de nulidad del despido únicamente a los despidos por violación de derechos constitucionales fundamentales del trabajador³⁷.

§3. El coste del despido disciplinario improcedente posee una eficacia multiplicadora (y por tanto, una importancia práctica) muy superior a la que meramente aparenta tener. En efecto, según la jurisprudencia laboral, cualquier extinción del contrato de trabajo decretada por el empresario, supuesto que el trabajador la considere injusta, debe impugnarse precisamente por los trámites procesales previstos para la impugnación del despido disciplinario. De ahí la **eficacia multiplicadora de su coste, **pues** si prosperase la demanda del trabajador afectado, el Juez declararía entonces que **la extinción no disciplinaria, pero injusta, del contrato de trabajo equivale a un despido disciplinario improcedente**. Y ello, lógicamente, con derecho a obtener la indemnización correspondiente a ese despido (y en su caso, eventuales «salarios de tramitación»). Por eso, también en estos otros supuestos, el trabajador está obligado a cumplir todas las exigencias para la impugnación judicial de un despido disciplinario; y entre ellas, la relativa a **que ha de impugnarse en el plazo de caducidad de veinte días hábiles** —sin duda, el más importante de los plazos establecidos por nuestra legislación laboral³⁸—, a contar desde el día siguiente al de la fecha de efectividad del despido.**

El Estatuto de los Trabajadores legaliza la jurisprudencia citada, a propósito del despido objetivo, al afirmar que «contra la decisión extintiva podrá [el trabajador] recurrir como si se tratase de despido disciplinario»³⁹, sentando al tiempo la regla general —con excepciones— de que «la calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario»⁴⁰; y a propósito de la extinción de contratos laborales precarios, indicando que «el ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido»⁴¹.

³⁷ Respecto de todo ello, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La Constitución y el despido», en el volumen *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), págs. 467-468.

³⁸ Sobre la historia del plazo en cuestión, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *El empresario aparente*, Civitas (Madrid, 1992), págs. 77 y ss.; y J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Prescripción y caducidad de acciones. En torno al artículo 59», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 [monográfico sobre «El Estatuto de los Trabajadores, veinte años después»], (2000), págs. 1205 y ss. Además, sobre el denominado «efecto Lázaro», véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Notas sobre la eventual resurrección de acciones de despido caducadas», en J. GÁRATE CASTRO (Coordinador), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al Profesor Manuel Alonso Olea con motivo de su investidura como Doctor "honoris causa" por la Universidad de Compostela*, cit., págs. 129 y ss.

³⁹ Artículo 53, apartado 3.

⁴⁰ Artículo 53, apartado 5.

⁴¹ Artículo 59, apartado 3, párrafo primero.

Respecto de este plazo, frente al error de bulto cometido por el Estatuto de los Trabajadores («el plazo de caducidad quedará *interrumpido* ...»)⁴², la Ley de Procedimiento Laboral afirma, en cambio, con toda pulcritud jurídica: 1) que «la presentación de solicitud de conciliación [preprocesal administrativa] suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción»⁴³; 2) que «la reclamación [administrativa] previa [a la vía judicial laboral] interrumpirá los plazos de prescripción y suspenderá los de caducidad»⁴⁴; y 3) que «la solicitud de designación de abogado por el turno de oficio por los trabajadores y los beneficiarios del Sistema de Seguridad Social comportará la suspensión de los plazos de caducidad o la interrupción de la prescripción de acciones»⁴⁵.

Siempre a propósito de dicho importantísimo plazo, la jurisprudencia laboral unificada ha acabado afirmando que en su cómputo han de excluirse todos los días mencionados en el artículo 182 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que son «sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad»⁴⁶.

§4. Hasta la promulgación del Estatuto de los Trabajadores en 1980, nuestra legislación laboral permitía tener en cuenta el tamaño o dimensión laboral de la empresa (esto es, el número de trabajadores que empleaba), a efectos de abaratar o encarecer —dentro de ciertos topes— el coste del despido disciplinario improcedente⁴⁷; lo que parecía lógico, pues hay que presumir mayor capacidad financiera y menor fragilidad en las empresas grandes que en las pequeñas. Ahora bien, tras un breve período transitorio, a partir de 1984 dejó de tenerse en cuenta definitivamente ese tamaño en la cuantificación del coste real (indemnización más «salarios de tramitación») que dicha clase de despido disciplinario supone para la empresa. Por eso, todas **las medidas de abaratamiento del coste del despido disciplinario improcedente**, que el legislador laboral español viene adoptando progresivamente desde el año 1994 —medidas **centradas en la posibilidad de no tener que llegar a pagar «salarios de tramitación»** al trabajador improcedentemente despedido (sin exceder nunca, en la práctica, de cuatro meses de tales salarios), **y que han dado lugar a la**

⁴² Artículo 59, apartado 3, párrafo segundo.

⁴³ Artículo 65, apartado 1.

⁴⁴ Artículo 73.

⁴⁵ Artículo 21, apartado 4.

⁴⁶ Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, constituida en Sala General, de 23 enero 2006 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2006/347).

⁴⁷ Según el artículo 37, apartado 4, del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 marzo, «la indemnización por rescaramiento de perjuicios será fijada por el Magistrado de Trabajo, a su prudente arbitrio, teniendo en cuenta la antigüedad del trabajador en la Empresa, condiciones del contrato de trabajo que se extingue, posibilidades de encontrar nueva colocación adecuada, dimensión y características de la Empresa y circunstancias personales y familiares del trabajador, especialmente las de ser titular de familia numerosa, mayor de cuarenta años o minusválido» (inciso primero), teniendo en cuenta que «la cantidad resultante no podrá ser inferior a dos meses de salario por año de servicio, ni exceder de cinco anualidades» (inciso segundo). En sentido sumamente parecido, véase artículo 81, párrafo tercero, de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

corruptela práctica del denominado despido «express»—, se aplican en la actualidad indiscriminadamente y por igual a todo tipo de empresas, con independencia de que laboralmente hablando se trate de empresas grandes, medianas o pequeñas.

El despido «express» consiste en reconocer la improcedencia del despido en la propia carta de despido. Su finalidad es la doble de disuadir que ocurra el pleito (salvo que el trabajador pretenda pleitear por despido nulo) y, al mismo tiempo, ahorrarse el empresario el pago de los «salarios de tramitación». Cuando el empresario alega causas propias del despido objetivo y procede a extinguir (improcedentemente) un contrato de trabajo fijo no «ordinario» (el de «los 33 días», recuérdese)⁴⁸, la legislación favorece la práctica de este despido «express», pues rige entonces la regla legal —profundamente antisocial— de que «cuando el trabajador alegue que la utilización del procedimiento de despido objetivo no se ajusta a derecho porque la causa real del despido es disciplinaria, corresponderá al mismo la carga de la prueba sobre esa cuestión»⁴⁹.

Según el Estatuto de los Trabajadores, el empresario se ahorra totalmente el abono de los «salarios de tramitación» si antes de la conciliación preprocesal reconoce la improcedencia del despido (por ejemplo, como acaba de decirse, en la propia carta), si deposita la indemnización correspondiente en el Juzgado de lo Social en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido y, por último, si el trabajador acepta dicha indemnización o, cuando no la acepte, si el despido se declara después judicialmente improcedente⁵⁰.

Esta medida de ahorro —impuesta por la Ley 45/2002, de 12 diciembre— supuso un tercer hito en el proceso de progresivo abaratamiento del coste relativo a los «salarios de tramitación», iniciado en 1994⁵¹.

§5. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclama —como derecho fundamental de solidaridad— que «todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales»⁵², lo que equivale a prohibir en Europa la existencia del despido libre. Ahora bien, protección frente al despido injustificado no significa necesariamente protección igual, pues hay bastantes legislaciones nacionales europeas comparativamente muy significativas que admiten una

⁴⁸ Véase *supra*, Tema 12, §2.

⁴⁹ Disposición adicional primera, apartado 4, párrafo segundo, de la Ley 12/2001, de 9 julio.

⁵⁰ Cfr. artículo 56, apartado 2.

⁵¹ Si se prescinde de la efímera regulación contenida en el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 mayo, los dos primeros hitos fueron establecidos por la Ley 11/1994, de 19 mayo, al disponerse en ella, de un lado, la eliminación radical de los llamados salarios «de sustanciación» del recurso (mediante la enmienda del artículo 111 de la Ley de Procedimiento Laboral entonces vigente, sobre ejecución provisional de las sentencias de despido); y de otro lado, la eliminación parcial de los salarios de tramitación devengables en la instancia —mediante la modificación del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores—, limitando su abono a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la de la conciliación administrativa previa, supuesto que el empresario depositase judicialmente la indemnización y reconociese la improcedencia del despido, precisamente en el citado acto de conciliación administrativa previa.

⁵² Artículo 30.

protección diferenciada, en atención al tamaño de la empresa a la que pertenezcan los trabajadores injustificadamente despedidos (y lo mismo ocurre, por cierto, en los Estados Unidos)⁵³. Esta protección desigual frente al despido injustificado existe en Alemania, donde la regla general de la readmisión obligatoria no se aplica en empresas que cuenten «con diez o menos trabajadores»⁵⁴; pero también existe en Francia —donde la regla general frente al despido injustificado es, en cambio, la extinción indemnizada del contrato de trabajo—, al no preverse el pago a los trabajadores fijos de indemnizaciones legalmente tasadas —sino sólo de indemnizaciones genéricas y aleatorias de daños y perjuicios—, entre otros supuestos, si «los empresarios ocupan habitualmente menos de once trabajadores»⁵⁵.

La protección desigual en Italia es asimismo clara, pues la «tutela real» o protección fuerte frente al despido —que da lugar a la readmisión del trabajador— sólo se aplica en empresas que ocupan «más de quince trabajadores»⁵⁶ (en las que ocupan quince o menos se aplica la «tutela obligacional» o protección débil, consistente en una indemnización «comprendida entre un mínimo de 2'5 y un máximo de 6 mensualidades de la última retribución global de hecho»⁵⁷).

En los Estados Unidos, la protección desigual consiste en «eximir» (de donde «*exemption*») del cumplimiento de las excepciones (por ejemplo, las antidiscriminatorias) a la regla general de despido libre, allí vigente, a las pequeñas empresas (o pequeños negocios)⁵⁸.

En las «explicaciones» correspondientes al citado derecho fundamental de solidaridad de la Unión Europea se afirma, literalmente, que «este artículo se inspira en el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada»⁵⁹.

⁵³ Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *La desregulación de la protección contra el despido en las pequeñas empresas. Un estudio de Derecho comparado de los ordenamientos alemán y norteamericano*, Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 5 y ss.

⁵⁴ Cfr. parágrafo 23 de la Ley de Protección contra el Despido (*Kündigungsschutzgesetz*) de 1951.

⁵⁵ Cfr. artículo L 1235-5, párrafo primero, del Código francés del Trabajo de 2008.

⁵⁶ Cfr. artículo 18 de la Ley núm. 300, de 20 mayo 1970, popularmente conocida en Italia como Estatuto de los Trabajadores (*Statuto dei lavoratori*).

⁵⁷ Acerca de todo ello, véase L. NOGLER, *La regulación de los despidos individuales en la época del equilibrio entre los «principios» constitucionales. Estudio a la luz del ordenamiento italiano* [traducción castellana de A. ARUFE VARELA], Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 83 y ss.

⁵⁸ Al respecto, con estudio de legislación y jurisprudencia federal y estatal, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *La desregulación de la protección contra el despido en las pequeñas empresas. Un estudio de Derecho comparado de los ordenamientos alemán y norteamericano*, cit., págs. 31 y ss.

⁵⁹ Según este último precepto (rotulado «Derecho a la protección en los casos de extinción del contrato de trabajo»), con el fin de «asegurar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores en los casos de extinción del contrato de trabajo», las Partes acuerdan lo siguiente: 1) reconocer «el derecho de todos los trabajadores a que no se extinga su contrato de trabajo sin razones válidas de dicha extinción conectadas con su capacidad o conducta, o basadas en las exigencias operativas de la empresa, centro de trabajo o servicio»; 2) reconocer «el derecho de los trabajadores cuyo contrato de trabajo se extingue sin una razón válida, a una compensación adecuada u otro remedio apropiado»; y 3) «asegurar que el trabajador que considere que su contrato de trabajo ha sido extinguido sin una razón válida, tendrá el derecho a apelar ante un órgano imparcial».

Lesson 13

**THE STARRING (AND EVEN, «EXPRESS») TERMINATOR
OF THE CONTRACT OF EMPLOYMENT, BY REASONS
DEPENDENT OF THE EMPLOYEE'S WILL**

Contents: §1. *The sources ruling the just reasons for termination of the contract of employment, if dependent of the employee's will, and their classification.* §2. *The disciplinary dismissal.* §3. *The multiplier effect of the cost of the wrongful disciplinary dismissal.* §4. *The making cheaper of the cost of the wrongful disciplinary dismissal, above all through the way of the «express» dismissal, also for large enterprises.* §5. *The unequal protection against dismissals, depending on the size of the enterprise, in Continental European and USA Comparative Law.*

§1. The just reasons for the termination of the contract of employment, if dependent of the worker's will, are mentioned in letters a), b), c), d), j), k), and m) of paragraph 1 of section 49 of the Workers' Statute. Logically, these seven letters **presuppose the terminating worker's will**, in any case, **which can consist of a number of modalities, to be classified** from at least three different viewpoints. So, **from the viewpoint of the moment of its birth**, it can be a current terminating will or, on the contrary, a past terminating will (this last exists, for example, when the employer and the worker agreed in its moment that the termination will happen in the future, either because of the running of a term [the case provided for in letter c)], or because of the fulfilment of a condition [the case provided for in letter b)]; **from the viewpoint of which is the employer's will** about the termination, it can be a terminating worker's will which agrees with that the employer's one (as in the case of the terminating «mutual agreement» [ruled in letter a)], or, in the contrary, which does not radically agree with that the employer's one (as in the paradigmatic case of the ordinary «quit» [ruled in letter d), and in letter m), too]), in which the employer does not want that the employee leaves the enterprise); **and from the viewpoint of the form of being affirmed by the worker**, it can be an express terminating will (even requiring the worker to fulfil a true judicial complaint, in order to terminate the contract [the case provided for in letter j)], or, on the contrary, a merely implied terminating will (that is, evidenced by facts showing that a current

worker's will, which is not compatible with the subsistence of the contract of employment, exists [the case provided for letter k)]. Among these seven letters, **the most important one** is letter k) —that is, **the one relating to the disciplinary dismissal** (or according to this letter, to the termination occurred «by dismissal of the worker»)—, **which has an explicit** and very detailed **development in the own Workers' Statute**, contained in its sections 54, 55, 56, and 57.

§2. The disciplinary dismissal is the termination of the contract of employment «by decision of the employer», but bearing in mind that it is a measure **based «on a serious and guilty violation of the worker»**. As a general rule, the employer must redirect such violations to some of the seven ones mentioned in paragraph 2 of section 54 of the Workers' Statute, which are ordered by small letters in a row, from a) to g). **Among these possible intolerable seven contractual worker's violations**, mentioned in such a norm, **two of them refer to the rendering of work duty, one of them to the duty to obey, and the remaining four to** violations of the duties to good behaviour (and therefore, to violations of **good faith duties**), among which the one of letter d), relating to the «violation of the contractual good faith», operates as a true hodgepodge.

With the purpose that the worker can later judicially defend himself, **the employer must communicate in writing his disciplinary dismissal to the worker**. This writing or paper —popularly known as «letter of dismissal»— has a minimum content, **by means of which** —regarding his dismissal— **the worker knows «the facts founding it and the date in which it will be in force»**, bearing in mind that this «date» can be a contemporary or later one to the moment of getting the letter, but never a former one to such moment. The description by the letter of the «facts» charged to the worker is a very delicate subject-matter for the employer, because of a twofold reason. Firstly, because in a eventual judicial proceeding for challenging the disciplinary dismissal, filed by the worker —logically, as a plaintiff—, the employer stands the whole charge of proving such «facts», despite the fact that he will act as a defendant in the plea. Secondly, because the Court will not allow him neither alleging nor proving facts other than those he charged to the worker in his letter of dismissal.

The disciplinary dismissal issued by the employer **can be declared** by the Court «as lawful, wrongful, or null and void», bearing in mind:

(1) that it is **lawful** or just—in which the worker is not entitled to earn anything paid by the employer, other than his «release document»—, when the dismissal fulfils the threefold condition, relating to that the employer dismissed in form, got to prove in the plea he facts alleged in the letter, and finally, these proved facts had sufficient entity (as to reach the above cited degree of «serious and guilty violation») to justify the dismissal; (2) that it is **wrongful** or unjust when some of those three above cited conditions fails, where—if the dismissed worker was an ordinary one (that is, without any representative position)— the most frequent situation is that the private employer chooses the termination of the contract, paying to the worker a rigidly limited («forty-five salary days, a year of services, or the proportional monthly part corresponding to periods lesser than one year, with a maximum of forty-two months»), and moreover, the non received salaries between the date of efficacy of the dismissal and that the notification of the judicial order (or «backpay»); and (3) that if the dismissal was declared **null and void**—as in the case, for example, of the discriminatory or fundamental rights or public freedoms violating dismissals— any employer's choosing is not possible, because «the null and void dismissal shall have the effect of immediate reinstatement of the worker, with backpay».

§3. The cost of the wrongful disciplinary dismissal has a multiplier efficacy (and therefore, a practical meaning) higher than the one that it apparently has. Indeed, according to the labor case Law, any termination of the contract of employment issued by the employer, supposing that it is considered wrongful by the worker, must be challenged just by means of the proceeding provided for challenging a disciplinary dismissal. Hence the **multiplier efficacy** of its cost, **because** if the affected worker prevails, then the Court must declare that **the non disciplinary, but unjust, termination of the contract of employment, tantamounts a wrongful disciplinary dismissal**. And that, logically, entitling the worker to get the severance pay corresponding to such dismissal (and in its case, an eventual «backpay»). Therefore, also in these other cases, the worker has the duty to fulfil all the requirements provided for the judicial challenge of a disciplinary dismissal; and among them, **he has the duty to challenge the dismissal in the limitation term of twenty working days**—this is, without doubt, the most important limitation term settled by our labor legislation—, to be counted since the next day to the date of efficacy of the dismissal.

§4. Up to the enactment of the Workers' Statute in 1980, our labor legislation allowed, bearing in mind the size or labor extent of the enterprise (that is, the number of workers employed by it), to make cheaper or more expensive—with some limits—the cost of the wrongful disciplinary dismissal; what seemed to be logical, because it is necessary to suppose a higher financial capacity and a lower fragility in the large enterprises than in the small ones. However, after a short temporary term, since 1984 that size was no more definitively taken into account to amount the true cost (severance pay plus «backpay») for the enterprise of such kind of dismissal. Therefore, all **the measures to make cheaper the cost of the wrongful disciplinary dismissal**, progressively enacted by the Spanish labor legislator since 1994—which **are focused on the possibility of non paying the «backpay»** to the wrongfully dismissed worker (without never exceeding, in practice, of four months of such salaries), **and which provoked the practical corruption of the so-called «express» dismissal**—, are nowadays equally and in an indiscriminate way **applied to any kind of enterprises**, regardless of they are **large, medium-size or small enterprises** from a labor viewpoint.

§5. The Charter of Fundamental Rights of **the European Union states**—as a solidarity fundamental right— **that «every worker has the right to protection against unjustified dismissal**, in accordance with Union law and national laws and practices», which tantamounts to forbid the existence of free dismissal in Europe. However, equal protection against unjustified dismissal **does not necessarily mean equal protection, because a number of European national legislations**, very significant from a comparative viewpoint, **allows a differenced protection, regarding the size of the enterprise** to which the unjustified dismissed workers belong (**and the same fact occurs**, by the way, **in the United States**). This unequal protection against the unjustified dismissal exists in Germany, where the general rule of mandatory reinstatement is not applicable in enterprises having «ten or less workers»; but it also exists in France—where the general rule against the unjustified dismissal is, on the contrary, the severance pay for the termination of the contract of employment—, because the statutory limited severance pay is not provided for indefinite workers—but only common and case-by-case damages—, among other cases, if «the employers usually employ less than eleven workers».

PARTE SEGUNDA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

SECOND PART

COLLECTIVE LABOR LAW

LOS REPRESENTANTES LEGALES O UNITARIOS
DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA Y
LA EFICACIA «POLÍTICA» DE SUS ELECCIONES

Sumario: §1. El Título II del Estatuto de los Trabajadores. §2. La sindicalización, burocratización y publicación de las elecciones a representantes legales o unitarios de los trabajadores, por causa de su eficacia «política». §3. La diversidad de modelos nacionales europeos, formalizadores del Derecho de la Unión Europea en materia de representantes legales o unitarios de los trabajadores.

§1. Al empresario no le resulta viable tratar día a día con el conjunto o colectivo de sus trabajadores (reunidos en «asamblea»), cuando los trabajadores en cuestión son muchos. Por eso, supuesto siempre que la empresa tenga una cierta dimensión laboral, se impone (por puro sentido común) la necesidad de que los trabajadores cuenten en la empresa con sus propios representantes, para tratar a través de ellos —en asuntos que afecten a todos— con el empresario. Estos **representantes ordinarios de los trabajadores en la empresa se conocen con el nombre de representantes «legales o unitarios», por contraposición a los representantes «sindicales»**. El primer adjetivo calificativo (esto es, «legales») **indica que su régimen jurídico está contenido en una Ley ordinaria (más en concreto, en el Título II del Estatuto de los Trabajadores [rotulado «De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa»], artículos 61 a 81)¹**, y no en los estatutos de los sindicatos². Por su parte, el segundo adjetivo calificativo (esto es, «unitarios») **lo que indica es que son representantes que representan ante el empresario a todos los trabajadores de la empresa, cualquiera que sea su afiliación sindical (en consecuencia, a diferencia de los representantes «sindicales», también representan a los trabajadores que no están afiliados a ningún sindicato)³**.

¹ Dentro de este conjunto de preceptos, las asambleas aparecen reguladas en los artículos 77 a 80, bajo el rótulo «Del derecho de reunión».

² Acerca de los de las dos grandes centrales sindicales españolas más representativas a nivel estatal, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Los estatutos de la Federación Alemana de Sindicatos (*Deutscher Gewerkschaftsbund*). Comparación contextualizadora con los estatutos confederales de Comisiones Obreras y de la Unión General de Trabajadores, y traducción castellana», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volumen I (2009), págs. 85 y ss.

³ Los representantes «sindicales» en la empresa, denominados «secciones sindicales» —cuyos integrantes más activos se conocen, a su vez, con el nombre de «delegados sindicales»—, se regulan en la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical, según la cual «los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo ... constituir Secciones Sindicales de conformidad con lo establecido en los Estatutos del Sindicato» [artículo 8.1.a)].

Los veintiún preceptos del Estatuto de los Trabajadores, recién citados, contemplan estos representantes ordinarios de los trabajadores desde cinco puntos de vista distintos. Así, desde un punto de vista orgánico, **los órganos que encarnan esta representación son los delegados de personal y los comités de empresa**, elegidos por y de entre los trabajadores del centro de trabajo, teniendo en cuenta que en cada centro de trabajo con «50 o más trabajadores» se elige un comité de empresa⁴, mientras que en los centros de trabajo con más de 5 y menos de 50 trabajadores los representantes que se eligen son uno o tres delegados de personal⁵. Desde un punto de vista competencial, el kilométrico artículo 64 pretende ser exhaustivo al determinar qué competencias o funciones representativas tienen atribuidas los comités de empresa (y también, los delegados de personal), aunque este precepto se olvida mencionar la más importante de todas ellas —regulada en el Título III del Estatuto de los Trabajadores—, que es su legitimación para negociar con el empresario convenios colectivos de empresa⁶. Desde un punto de vista procedimental y procesal, estos representantes tienen «capacidad ... para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias»⁷, resultando ser su arma procesal más efectiva, y más temible, el derecho que poseen de activar frente al empresario el proceso laboral especial de conflicto colectivo⁸. Desde un punto de vista protector o tuitivo —tan típicamente laboral—, el artículo 68 les asigna hasta cinco tipos distintos de medidas de protección frente al empresario, aunque de nuevo se olvida de mencionar la más importante de todas esas «garantías» —regulada en el Título I del Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de Procedimiento Laboral—, que es su derecho de opción entre readmisión y extinción indemnizada del contrato de trabajo, en caso de que hubiesen sido objeto de un despido improcedente por parte del empresario⁹. En fin, desde un punto de vista temporal, **«la duración del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa será de cuatro años»**, aunque los elegidos no cesan automáticamente en sus cargos representativos una vez transcurrido su mandato cuatrienal, pues «se mantendrán en funciones en el ejercicio de

⁴ Artículo 63, apartado 1.

⁵ Artículo 62, apartado 1.

⁶ Cfr. artículo 88, apartado 1, y artículo 89, apartado 1.

⁷ Artículo 65, apartado 1.

⁸ Cfr. artículo 152, letra c), de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁹ Cfr. artículo 56, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores y artículo 110, apartado 2, de la Ley de Procedimiento Laboral.

sus competencias y de sus garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones»¹⁰.

Los umbrales (6, 49, 50 o más trabajadores) que marcan el derecho a tener los diversos tipos de representantes legales o unitarios de los trabajadores no están contruidos sobre la base exclusiva de un cómputo «*per capita*» de los trabajadores, sino también de un cómputo «*pro rata temporis*» (en el que, en consecuencia, 1 trabajador no computa como «uno»), aplicable a los trabajadores precarios con contrato de trabajo de duración inferior a un año¹¹.

Las «garantías» de que gozan los representantes legales o unitarios —todas previstas en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores— no sólo les protegen frente al ejercicio de los poderes del empresario (directivo¹², de control¹³ y disciplinario¹⁴), sino que también pretenden incentivar el ejercicio de sus funciones representativas, teniendo este carácter incentivador el «crédito de horas mensuales retribuidas» de que dispone cada representante (acumulable en sólo uno o en varios de ellos, si así se pacta en convenio colectivo, con la posibilidad de que los beneficiarios de la acumulación lleguen incluso a quedar totalmente «liberados» de trabajar)¹⁵.

La garantía consistente en la prioridad o preferencia (frente a despidos colectivos, modificaciones sustanciales colectivas en las condiciones de trabajo o traslados colectivos), ante el resto de trabajadores ordinarios, puede conducir al absurdo de que el centro de trabajo llegue a quedarse sólo con representantes que no tienen a nadie a quien representar (por haberse extinguido los contratos de trabajo de todos los trabajadores ordinarios representados), que la jurisprudencia laboral se ha visto obligada a tener que enjuiciar¹⁶.

§2. Las elecciones a delegados de personal y comités de empresa tienen una finalidad lógica, natural o primaria, que es la de que los trabajadores se doten libre y democráticamente de representantes ordinarios ante su empresario. **Pero en España tienen también una finalidad exótica, postiza o secundaria** (y además, externa a la empresa y calificable, incluso, de «política»), **que es la de medir el grado de «representatividad» que poseen los sindicatos** (bien en un concreto sector

¹⁰ Acerca de todo ello, artículo 67, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores.

¹¹ Al respecto, artículo 72 del Estatuto de los Trabajadores.

¹² A este poder está conectada la garantía relativa a la «prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas» [artículo 68, letra b)].

¹³ Frente a este poder, juega la garantía de «expresar, colegiadamente si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa» [artículo 68, letra d)].

¹⁴ Contrapeso de este poder es la garantía de «apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal» [artículo 68, letra a)], y también, la de «no ser despedido ni sancionado [ni discriminado en su promoción] durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación» [artículo 68, letra c)].

¹⁵ Cfr. artículo 68, letra e).

¹⁶ Al respecto, clásica, Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 30 enero 1987 (repertorio *Aranzadi del Tribunal Central de Trabajo* de 1987, vol. I, referencia 2051).

económico, bien en todos los sectores del Estado o de una Comunidad Autónoma), obtenido a base de sumar los resultados que los propios sindicatos obtuvieron presentando candidatos y candidaturas en este y en otro tipo de elecciones intraempresariales (por ejemplo, en las elecciones a representantes legales o unitarios de los funcionarios, que no están reguladas, como es lógico, en el Estatuto de los Trabajadores)¹⁷. Esta finalidad postiza repercute sobre el régimen jurídico de las elecciones a representantes legales o unitarios de los trabajadores, de tres modos distintos. En primer lugar, sindicalizando estas elecciones ordinarias (al reconocerse en ellas a los sindicatos derechos cruciales de iniciativa, participación y control)¹⁸, **lo que justifica que incluso se conozcan popularmente dichas elecciones con el nombre de «elecciones sindicales»**. En segundo lugar, burocratizando con multitud de formularios y actas las elecciones en cuestión, que acaban teniendo un parecido irresistible a las elecciones puramente políticas (así, las elecciones a delegados de personal se realizan por el sistema de lista abierta¹⁹, al igual que para votar a nuestros representantes políticos en el Senado, mientras que las elecciones a comités de empresa se realizan por el sistema de listas cerradas y bloqueadas²⁰, como ocurre en la elección de nuestros representantes políticos en el Congreso de los Diputados). Y en tercer lugar, publicitando las propias elecciones, puesto que las actas de escrutinio tienen que ser remitidas por las mesas electorales a una oficina dependiente de la Administración laboral, a efectos del registro oficial de sus resultados²¹. Todas estas complicaciones acaban provocando que los trabajadores pasen, en ocasiones, de registrar los resultados de las elecciones libre y democráticamente celebradas en sus respectivas empresas, lo que no impide que los representantes por ellos elegidos tengan (a todos los efectos internos, en la empresa) la condición de verdaderos representantes legales o unitarios de sus trabajadores electores (aunque se trate de representantes legales o unitarios «extraestatutarios», al haber sido elegidos sin cumplir las agobiantes formalidades legales impuestas por el Título II del Estatuto de los Trabajadores)²².

¹⁷ Están reguladas en el artículo 39 y la disposición transitoria quinta de la Ley 7/2007, de 12 abril, aprobando el Estatuto Básico del Empleado Público.

¹⁸ Cfr. artículos 69 a 76 del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁹ Cfr. artículo 70 del Estatuto de los Trabajadores.

²⁰ Cfr. artículo 71 del Estatuto de los Trabajadores.

²¹ Cfr. artículo 75, apartado 7, del Estatuto de los Trabajadores.

²² Sobre este tema, véase A. ARUFE VARELA, «Los representantes legales o unitarios “extraestatutarios” de los trabajadores», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 127 (2005), págs. 297 y ss. La resolución judicial clásica acerca de este asunto es una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 junio 1986 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1986/3434).

En materia electoral, el Estatuto de los Trabajadores cuenta con un imponente reglamento de desarrollo —que confirma la burocratización y publicación de las elecciones—, aprobado por el Real Decreto 1844/1994, de 9 septiembre²³.

Este reglamento (donde se habla con todo desparpajo de «elecciones sindicales»)²⁴ trae causa de la reforma operada en 1994 en el Estatuto de los Trabajadores —transcibiendo un acuerdo alcanzado por UGT y CCOO, en septiembre 1992, sobre «propuestas de modificación de la normativa electoral y la representatividad sindical»—, con la finalidad de eliminar la excesiva judicialización que tradicionalmente venía caracterizando los procesos electorales a representantes legales o unitarios de los trabajadores (el correspondiente a 1990 generó más de nueve mil pleitos, entre sindicatos, ante los Juzgados de lo Social de instancia), que dio lugar la creación de un nuevo procedimiento extrajudicial de carácter arbitral para la tramitación de la gran mayoría de las reclamaciones electorales²⁵.

Al igual que en materia de negociación colectiva «extraestatutaria», nuestra legislación laboral ha acabado viéndose obligada a legalizar la existencia de representantes «extraestatutarios» de los trabajadores, en empresas —como las microempresas— carentes de representantes legales o unitarios, para así poder hacer frente a las consultas con el empresario en materia de despidos colectivos, modificaciones sustanciales colectivas de las condiciones de trabajo, traslados colectivos o descuelgues salariales²⁶.

§3. Como saben muy bien en el Reino Unido, el Derecho de la Unión Europea impone la existencia de representantes ordinarios de los trabajadores en las empresas —a efectos de garantizar los derechos de «información y consulta» de los propios trabajadores—, mediante un conjunto coherente de cinco Directivas, **aunque** se afirma en ellas que son tales «los representantes de los trabajadores **con arreglo a lo dispuesto en las legislaciones y/o prácticas nacionales**»²⁷. Esta remisión en bloque se explica, a su vez, **por causa de los muy diversos modelos de representación unitaria de los trabajadores en la empresa existentes en los**

²³ Su *pendant*, en materia de elecciones a representantes unitarios del personal no laboral al servicio de las Administraciones públicas, es el Real Decreto 1846/1994, de idéntica fecha.

²⁴ En efecto, reflejando el eventual pasotismo de las mesas electorales, dicha norma reglamentaria confirma —de manera flagrantemente ilegal— la competencia de la Administración pública para «reclamar a la mesa electoral la presentación del acta correspondiente a una elección celebrada, a instancia de los representantes sindicales acreditados ante la oficina pública, y previa exhibición del certificado de la mesa que pruebe que se han celebrado elecciones sindicales [*sic*], cuando hayan transcurrido los plazos previstos en este Reglamento y no se haya efectuado el depósito del acta» [artículo 25, letra h)].

²⁵ Regulado en el artículo 76 del Estatuto de los Trabajadores.

²⁶ Cfr. artículo 40, apartado 2; artículo 41, apartado 4; artículo 51, apartado 2; y artículo 82, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción que les dieron la Ley 35/2010 y el Real Decreto-ley 7/2011.

²⁷ Por todas, véase Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 marzo 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, artículo 2, letra e). Acerca de dicho conjunto de 5 Directivas, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 127 y ss. En relación con la que consideramos —desde un punto de vista cronológico— como cuarta Directiva, véase A. ARUFE VARELA, «La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea: puntos críticos sobre la Ley 31/2006, de 18 de octubre», *Actualidad Laboral*, núm. (2009), págs. 2572 y ss.

Estados miembros. Baste indicar, a este respecto, que el modelo francés se alinea con el modelo español de elecciones dotadas de una finalidad primaria y de una finalidad secundaria (o «política») —al medirse en Francia la «representatividad sindical [*représentativité syndicale*]», al igual que sucede en España, en función de los resultados obtenidos por los sindicatos en las elecciones a representantes unitarios—, mientras que en Alemania estas mismas elecciones mantienen sólo su finalidad natural o primaria —que es, en el caso alemán, la de elegir un «comité de empresa [*Betriebsrat*]»—, al carecer allí de todo sentido jurídico hablar de «representatividad» de los sindicatos.

Condenando al Reino Unido por falta de transposición de una de las Directivas comunitarias sobre el derecho de participación de los trabajadores en la empresa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea rechazó el argumento del Gobierno británico, literalmente relativo a que «en el Reino Unido la representación de los trabajadores en la empresa se basa tradicionalmente en el reconocimiento voluntario de los sindicatos por parte del empresario y que, en consecuencia, el empresario que no reconoce al sindicato no está sometido a las obligaciones de información y consulta previstas [por el Derecho comunitario]»²⁸.

Aparentemente, el Derecho francés sobre este tema —contenido en los artículos L. 2311-1 a L. 2316-1 y L. 2321-1 a L. 2335-1 del Código del Trabajo de 2008— es muy similar al Derecho español, pero se trata de una apariencia que engaña, de un lado, porque las representaciones duales existentes en Francia («delegados del personal [*délégués du personnel*]» y «comités de empresa [*comités d'entreprise*]») coexisten y actúan paralela e independientemente en un mismo centro de trabajo; y de otro lado, porque se trata de representaciones carentes de capacidad para negociar convenios colectivos de empresa.

En Alemania, en cambio, el comité de empresa —según su Ley reguladora, que es la Ley de Organización de la Empresa (*Betriebsverfassungsgesetz*) de 1972²⁹— tiene plena capacidad para negociar con el empresario «acuerdos de empresa [*Betriebsvereinbarungen*]».

²⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 8 junio 1994 (Asunto C-382/92).

²⁹ Nuestra traducción al castellano de la misma, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 179 y ss.

Lesson 14

*THE STATUTORY OR UNITARIAN WORKERS' REPRESENTATIVES
IN THE ENTERPRISE AND THE «POLITICAL»
EFFICACY OF THEIR ELECTIONS*

Contents: §1. *Title II of the Workers' Statute.* §2. *The unionization, the bureaucracy, and the publication of the statutory or unitarian workers' elections, because of their «political» efficacy.* §3. *The diversity of national European models, embodying the European Union Law about the subject-matter of statutory or unitarian workers' representatives.*

§1. It is not practicable for the employer to day by day deal with the set or collective of his workers (gathered in «assembly»), when the workers at issue are many. Therefore, always supposing that the enterprise has a certain labor size, the need that the workers have their own representatives in the enterprise prevails (as a question of pure common sense), to deal through them—in affairs affecting the whole—with the employer. These **ordinary workers' representatives in the enterprise are called «statutory or unitarian» representatives, in contrast to «union» representatives.** The first qualifying remark (that is, «statutory») **points out that their legal regime is contained in an ordinary Act (more specifically, in Title II of the Workers' Statute** [headed «On the rights to collective representation and to assembly of the workers in the enterprise»], sections 61 to 81), and not in the union by-laws. On the other hand, the second qualifying remark (that is, «unitarian») **points out that they are representatives of all the workers of the enterprise before the employer, regardless of their union membership** (as a consequence, unlike the «union» representatives, they also represent the workers who are not members of any union). The twenty-one sections above cited of the Workers' Statute contemplate these ordinary workers' representatives from five different viewpoints. So, from an organic viewpoint, **the bodies personifying this representation are the staff delegates and the works councils**, elected by and among the workers of the factory, bearing in mind that a works council is elected in each factory with «50 or more workers», while one or three staff delegates are the representatives elected in the factories with more than 5 and less than 50 workers. From a jurisdictional viewpoint, the kilometric section 64

pretends to be exhaustive in determining what representative competences or functions are assigned to the works councils (and also to the staff delegates), although this norm forgets to mention the most important of them —ruled in Title III of the Workers' Statute—, which is the one relating to their legitimation to bargain enterprise collective bargaining agreements. From a proceeding viewpoint, these representatives have «capacity ... to carry out administrative or judicial complaints, relating to their whole jurisdiction», being their right to activate against the employer the special labor proceeding of collective conflict their most effective, and most fearsome, weapon. From a protective viewpoint —so typical in Labor Law—, section 68 assigns them up to five different protective measures against the employer, although it again forgets to mention the most important of all of these «guarantees» —ruled in Title I of the Workers' Statute and in the Labor Proceedings Act—, which is their right to choose from reinstatement and severance pay, in the event that they were wrongfully fired by the employer. Finally, from a temporal viewpoint, «**the term of the office of staff delegates and members of the works council shall be four years**», although the elected ones do not automatically leave their representative offices after this four years term, because they «shall be on duty up to the promotion and celebration of new elections».

§2. The elections to staff delegates and works councils have a logical, natural, or primary purpose, which is the one that the workers freely and in a democratic way provide themselves with ordinary representatives before their employer. **But in Spain they also have an exotic, artificial, or secondary purpose** (and moreover, external to the enterprise, and even to be qualified as a «political» one), **which is the one of measuring the rank of «representativity» having the unions** (both in a specific economic branch, and in a whole statewide or Autonomous Community-wide sector), got by means of adding the results obtained by the own unions in introducing candidates and candidatures in this kind of elections and in other ones similar to them (for example, the elections to statutory or unitarian civil servants' representatives, which are not ruled, as it is logical, in the Workers' Statute). This artificial purpose has an impact on the legal regime of the elections to statutory or unitarian workers' representatives, in a threefold way. Firstly, unionizing these ordinary elections (by means of recognizing to unions some crucial rights of promotion, participation, and control), **what justifies that these elections are even popularly**

known as «union elections». Secondly, making bureaucratic the elections at issue, which end up having an irresistible seeming to the pure political elections (so, the elections to staff delegates are carried out by the system of opened list, as well as the ones to choose our political representatives in the Senate, while the elections to works councils are performed by the system of blocked and closed lists, as it occurs in the case of the elections to our political representatives in the House of Representatives). And thirdly, publifying the own elections, because the scrutiny forms must be send by the poll stations to an office dependent of the labor Administration, in order to officially file their results. All these complications end up provoking that the workers do without, sometimes, filing the results of the freely and in a democratic way elections carried out in their corresponding enterprises, what does not prevent that the representatives elected by them have (to all internal efects, in the enterprise) the condition of true statutory or unitarian representatives of their elector workers (although they are «extra-statutory» statutory or unitarian representatives, because they have been elected failing to fulfil the oppressive statutory requirements imposed by Title II of the Workers' Statute).

§3. As it is very well-known in the United Kingdom, **the Law of the European Union imposes the existence of ordinary workers' representatives in the enterprises** —to guarantee the rights to «inform and consult» of the own workers—, by means of a coherent set of five Directives, **although** it is stated in them that they are «the employees' representatives **provided for by national laws and/or practices».** This block redirecting is explained, in its turn, **because of the very different models of unitarian workers' representation in the enterprise existing in the member States.** It is sufficient, to this respect, to point out that the French model is on line with the Spanish model of elections having a primary purpose and a secondary (or «political») purpose —since the «union representativity [*représentativité syndicale*]», as well as in Spain, is measured in France according to the results obtained by the unions in the elections to unitarian representatives—, whereas in Germany these same elections only maintain their natural or primary purpose —that is, in the German case, the election of a «works council [*Betriebsrat*]»—, because to speak about the union «representativity» is there legal senseless at all.

Tema 15

**LOS SINDICATOS, SUS AFILIADOS Y LA POLÉMICA
SOBRE SU FINANCIACIÓN**

Sumario: §1. La Ley Orgánica de Libertad Sindical y su opción por la audiencia electoral. §2. La polémica sobre la financiación de los sindicatos, en España y en Francia. §3. La financiación pública transparente de los sindicatos en Francia, y la financiación privada de los sindicatos en Alemania, como elementos de contraste.

§1. En España, **la libertad sindical** existe desde 1977. En la actualidad, se encuentra **regulada en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto**, de Libertad Sindical, cuya constitucionalidad validó la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 98/1985, de 29 julio. Esta Ley Orgánica —que contiene una disposición fantasmagórica¹— **reconoce el derecho de crear libremente sindicatos, protegiendo su independencia** no sólo frente a las Administraciones públicas, sino también frente a los empresarios (los sindicatos controlados por el empresario, usualmente de ámbito empresarial, se conocen desde el siglo XIX con el nombre de sindicatos «amarillos») e, incluso, frente a otros sindicatos². Esta libertad de creación de sindicatos **provoca con naturalidad el fenómeno del pluralismo sindical**, que obliga —dada la existencia en España de decenas y decenas de sindicatos legalmente constituidos— a privilegiar sólo a unos pocos. Para efectuar esta criba de sindicatos, nuestra Ley Orgánica 11/1985 prescindió del criterio de la «implantación» (esto es, del número de afiliados que poseen los sindicatos), para utilizar exclusivamente el criterio de la «audiencia» (esto es, atender a los resultados obtenidos por los sindicatos, al presentar candidatos y candidaturas en las elecciones a representantes legales o unitarios de trabajadores, funcionarios y personal estatutario), en base al cual se mide lo que la propia Ley Orgánica 11/1985 denomina «representatividad» de los sindicatos. De acuerdo con este criterio de la «audiencia» electoral, **los sindicatos españoles se clasifican en tres categorías distintas:** 1) la de los **sindicatos «más representativos»**, que son —en el ámbito estatal— los

¹ Se trata de la «disposición transitoria» expresamente mencionada por su disposición final segunda, pero de hecho inexistente, por las razones que sin ningún pudor confiesa la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 57/1989, de 16 marzo.

² Acerca de cierta concreta violación de la libertad sindical de Comisiones Obreras por parte de Unión General de Trabajadores, véase Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 137/1991, de 20 junio.

que tienen «el 10 por ciento o más» del total de representantes unitarios de trabajadores, funcionarios y personal estatutario³ (siendo tales, en la práctica, sólo Comisiones Obreras o CC.OO. y Unión General de Trabajadores o UGT), y además —pero ahora en el ámbito autonómico—, también los que tuviesen en una Comunidad Autónoma el «15 por ciento» de los representantes unitarios de trabajadores, funcionarios y personal estatutario, pero «siempre que cuenten con un mínimo de 1.500» de tales representantes unitarios en la propia Comunidad Autónoma⁴ (son tales, en la práctica, sólo la Confederación Intersindical Galega o CIG, en Galicia, y Solidaridad de Trabajadores Vascos o ELA-STV y Comisiones de Obreros Patriotas o LAB, en el País Vasco); 2) la de los **sindicatos meramente o simplemente «representativos»**, que son aquellos que hubiesen obtenido el «10 por ciento o más» de los representantes unitarios de trabajadores, funcionarios y personal estatutario, pero sólo «en un ámbito territorial y funcional específico»⁵, que necesariamente ha de ser un concreto sector productivo o una empresa concreta; y 3) por último, la de los **sindicatos no-representativos**, que son por exclusión todos los demás. De entre los diversos privilegios con que cuentan los sindicatos dotados de «mayor representatividad», el más importante es el de monopolizar coaligados la negociación de los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa (por ejemplo, los convenios colectivos de sector provinciales o estatales), en representación de todos los trabajadores afectados por el respectivo convenio colectivo, aunque se trate de trabajadores que no estén afiliados a dichos sindicatos⁶.

La jurisprudencia constitucional —formalmente dictada en interpretación y aplicación del artículo 28, apartado 1, de la Constitución, que configura la libertad sindical como derecho fundamental— es fuente insustituible de conocimiento de dicha libertad. Resulta relativamente abundante, sobre todo la dictada por la vía del recurso de amparo. Ello se debe a que esta vía cuenta con dos amplios carriles de acceso, ideados ambos por el Tribunal Constitucional para ensanchar su competencia, que son: 1) la noción de «contenido adicional» de la libertad sindical, integrado por derechos y privilegios regulados en normas infraconstitucionales (por ejemplo, la propia Ley Orgánica de Libertad Sindical) y garantizados sólo a algunos de sus titulares (por ejemplo, los sindicatos más representativos), pero cuya violación se equipara a la del «contenido esencial» de la libertad sindical (que

³ Artículo 6, apartado 2, letra a), de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

⁴ Artículo 7, apartado 1, letra a), de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

⁵ Artículo 7, apartado 2, de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

⁶ La lista completa de los privilegios en cuestión, en el artículo 6, apartado 3, de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

sí se garantiza, como es lógico, a todos los titulares de la misma⁷; y 2) la conceptualización de la libertad sindical como derecho constitucional de naturaleza «sustantiva», al que se aplica un canon de acceso al recurso de amparo menos rígido y estrecho que el aplicado a los derechos constitucionales (como, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva) de naturaleza «adjetiva»⁸.

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional habla de que la libertad sindical es un derecho que tiene sus planos, aspectos, vertientes, sentidos, significados, dimensiones, manifestaciones y, por supuesto también, «facetas» diferentes, por lo que cabe concluir que la libertad sindical es, en realidad, una libertad poliédrica. Los pares o binomios más importantes de todas esas facetas son los cuatro siguientes: sus facetas individual y colectiva, que apuntan a cuáles son los sujetos titulares (individuales, como los trabajadores o los funcionarios, o colectivos, como los sindicatos de trabajadores o de funcionarios) de la libertad sindical; sus facetas organizativa y funcional, que contemplan los sujetos titulares de la misma desde una perspectiva estática (centrada en la creación y auto-regulación de los sindicatos, por medio de sus estatutos)⁹ y desde una perspectiva dinámica (centrada en su actuación)¹⁰; sus facetas positiva y negativa, teniendo en cuenta que la primera implica el derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección (o el derecho del sindicato a afiliarse a otro de ámbito territorial o funcional mayor), mientras que la segunda implica el derecho de no afiliarse a ningún sindicato; y sus facetas interna y externa, teniendo en cuenta que la externa protege al titular de la libertad no frente a sus otros compañeros u órganos sindicales, sino precisamente frente al empresario. Estos cuatro pares de facetas aparecen reflejados en los Títulos I, II, IV y V de la Ley Orgánica de Libertad Sindical¹¹.

Jurídicamente hablando, CCOO, UGT, CIG, ELA-STV y LAB son «confederaciones» (y popularmente hablando, «centrales»), que irradian su mayor representatividad sindical a sus diversas «federaciones» afiliadas (metal, banca, construcción, etc.)¹². En cambio, la representación «sindical» en la empresa (encarnada sobre todo por la «sección sindical») es «un órgano sindical», pues «la relación entre la sección y el sindicato no se traba mediante un vínculo asociativo ... sino a través de una integración directa» —a diferencia de lo que

⁷ La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 18/2001, de 29 enero, habla incluso de «la ya clásica doctrina de este Tribunal sobre el contenido adicional del derecho de libertad sindical, reiterada en múltiples Sentencias».

⁸ Por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 336/2005, de 20 diciembre.

⁹ Acerca de los de CCOO y UGT, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Los estatutos de la Federación Alemana de Sindicatos (*Deutscher Gewerkschaftsbund*). Comparación contextualizadora con los estatutos confederales de Comisiones Obreras y de la Unión General de Trabajadores, y traducción castellana», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volumen I (2009), págs. 85 y ss.

¹⁰ Desde un punto de vista iuscomparatista, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «The right to access of the nonemployee union organizers (*das Zugangsrecht durch betriebsfremde Gewerkschaftsbeauftragte*) to the premises of the enterprise. A comparative analysis of the German, Spanish and Federal North American case law», en T. DIETERICH, M. LE FRIANT, L. NOGLER and K. KEZUKA (Editores), *Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht. Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert*, Nomos (Baden-Baden, 2010), págs. 624 y ss.

¹¹ Por anómalo que pueda resultar, la Ley de Procedimiento Laboral formaliza la expulsión de la faceta «interna» del ámbito de la libertad sindical, al separar deliberadamente y con sumo cuidado los pleitos «en materia de régimen jurídico específico de los sindicatos, tanto legal como estatutario, en lo relativo a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus afiliados» [artículo 2, letra h)], de un lado, y los pleitos «sobre tutela de los derechos de libertad sindical» [artículo 2, letra k)], de otro, tratando así de disuadir la judicialización de los problemas sindicales «internos», cuya solución remite aparentemente al más lento y menos preferente de los procesos laborales, que es justamente el proceso laboral ordinario.

¹² Cfr. artículo 6, apartado 2, letra b), y artículo 7, apartado 1, letra b), de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

ocurre con las federaciones afiliadas, que no son meros órganos, sino verdaderos entes sindicales—, de manera que esto «impide ... atribuir a la sección sindical personalidad jurídica distinta de la del propio sindicato»¹³. Esta distinción es importante, porque la Ley Orgánica de Libertad Sindical afirma que «los sindicatos ... responderán por los actos o acuerdos adoptados por sus órganos estatutarios en la esfera de sus respectivas competencias»¹⁴.

§2. Si se comparan las cifras de afiliados a los sindicatos españoles y las cifras de afiliados a los sindicatos actuantes en los países de nuestro entorno más próximo, necesariamente se impone la conclusión de que **las cifras españolas de afiliación sindical son muy bajas, al igual que sucede en Francia**. Estas cifras pueden conocerse a través del sitio en Internet de la Confederación Sindical Internacional o CSI, ubicado en www.ituc-csi.org, de acuerdo con el cual CC.OO. y UGT poseían (en junio de 2010) alrededor de «1.200.000» y «880.000» trabajadores afiliados, respectivamente. Por supuesto, **los afiliados pagan sus cuotas a los sindicatos, las cuales constituyen la fuente natural y más primaria de financiación** de los propios sindicatos¹⁵. **Pero los sindicatos españoles no recaudan suficientes ingresos por esta vía**, lo que explica su necesidad de tener que hacerse con fondos adicionales, para así poder encarar las múltiples competencias y funciones representativas que legalmente tienen asignadas. En gran medida, estos **fondos adicionales proceden de subvenciones de las distintas Administraciones públicas** que tenemos en España (Estado, Comunidades Autónomas, organismos públicos autónomos y corporaciones locales), otorgadas por ellas en proporción a la «representatividad» de los sindicatos, y cuyo volumen obliga incluso a los sindicatos subvencionados a tener que constituir «fundaciones» específicas, para así poder gestionarlos. **Sobre el tema de la supuesta docilidad frente al Gobierno de un sindicalismo subvencionado con fondos públicos, existe hoy en España un intenso debate mediático**, alimentado —en lo que se refiere al debate estrictamente científico¹⁶— por hechos

¹³ Todas estas afirmaciones, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 121/2001, de 4 junio.

¹⁴ Artículo 5, apartado 1. Por el contrario, «el sindicato no responderá por actos individuales de sus afiliados, salvo que aquéllos se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actuaron por cuenta del sindicato» (*ibidem*, apartado 2). Acerca de este controvertido tema, contrastando nuestro Derecho con el de los Estados Unidos, véase A. ARUFE VARELA, «La problemática exigencia de responsabilidades laborales a los sindicatos por actividades huelguísticas de sus afiliados. Un análisis comparado de los ordenamientos español y norteamericano», *Relaciones Laborales*, núm. 9 (2006), págs. 11 y ss.

¹⁵ Respecto de ellas, la Ley Orgánica de Libertad Sindical afirma que «las cuotas sindicales no podrán ser objeto de embargo» (artículo 5, apartado 3).

¹⁶ Véase L.E. DE LA VILLA GIL, «El patrimonio sindical», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 0 (2008), págs. 16 y ss.

tales como, por ejemplo, el rocambolesco «rescate» de UGT acordado por el Gobierno (mediante la promulgación del Real Decreto-ley 13/2005, aquí sí urgente, cuya constitucionalidad está todavía pendiente de ser juzgada por el Tribunal Constitucional), que permitió a dicho sindicato saldar —cuando estaba a punto de vencer— una deuda de casi 150 millones de euros contraída con el Instituto de Crédito Oficial, y derivada de sus fallidos negocios inmobiliarios. En definitiva, una situación muy similar a la descrita por el «Informe HADAS-LEBEL» de mayo de 2006 —redactado teniendo a la vista algunos escándalos «recientes» de financiación ilegal—, sobre la financiación de los sindicatos en Francia («este terreno se caracteriza por una gran opacidad», causada por «la ausencia de obligación de publicación de sus cuentas por las organizaciones sindicales», por «la extrema fragmentación de los recursos públicos y parapúblicos» que manejan, y por «la complejidad de las estructuras sindicales» dotadas de entidades interpuestas, lo que condiciona, a su vez, su supuesta «incapacidad de elaborar cuentas consolidadas»)¹⁷, el cual sirvió de base para una profunda reforma en este concreto punto del Código francés del Trabajo, materializada en 2008-2009, cuyas líneas maestras pasamos a tratar seguidamente.

Aunque la mayor representatividad de las asociaciones empresariales se mide con parámetros distintos a los utilizados para medir la mayor representatividad sindical¹⁸, las asociaciones empresariales más representativas a nivel estatal —de hecho, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME)— comparten con los sindicatos más representativos sus fuentes públicas de financiación, y en consecuencia, la misma problemática de opacidad y de falta de transparencia.

El tema viejo de los pactos de seguridad sindical —de actualidad en España, inmediatamente después de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, a consecuencia del intento sindical de cobrar a los trabajadores no afiliados un «canon de negociación» o «cuota de solidaridad», supuestamente compensatorios del hecho de beneficiarse de la aplicación de nuestros peculiares convenios colectivos de eficacia general¹⁹— ha acabado teniendo entre nosotros, a causa de la crisis económica, también sus brotes verdes. Se manifiestan en forma de «mordidas» sindicales a las indemnizaciones percibidas por trabajadores colectivamente despedidos y no afiliados a ningún sindicato, en concepto de canon por negociación o

¹⁷ En relación con todo esto, véase «Pour un dialogue social efficace et légitime: représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales. Rapport au Premier ministre. Présenté par Raphaël Hadas-Lebel, Président de section au Conseil d'Etat», localizable en www.ladocumentationfrancaise.fr.

¹⁸ Véase disposición adicional sexta del Estatuto de los Trabajadores, cuya constitucionalidad fue confirmada por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 57/1989, de 16 marzo.

¹⁹ Acerca de la jurisprudencia declarándolos violadores de la libertad sindical, clásico, véase M. ALONSO OLEA, «Los pactos de seguridad sindical. Algunas decisiones recientes», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 12 (1982), págs. 565 y ss.

asesoramiento colectivos. La jurisprudencia laboral viene fumigando dicha clase de brotes, hablando incluso de que «por este camino se está llegando a una especie de financiación obligatoria de los sindicatos por parte de los no afiliados»²⁰.

La información sobre el tema del control de la financiación pública de patronales y sindicatos, accesible a través del sitio en Internet del Tribunal de Cuentas, ubicado en www.tcu.es, resulta desilusionante y patética, por causa de los desfases cronológicos que padece la actuación del Tribunal en cuestión²¹.

§3. Siguiendo la vía inaugurada por la Ley sindical norteamericana de 1959²², **el Código francés del Trabajo regula hoy el tema de la financiación de los sindicatos** en sus artículos L 2135-1 a L 2135-8 y D 2135-1 a D 2135-9 —aplicables asimismo a la financiación de las asociaciones empresariales—, construyéndolo **sobre tres reglas básicas**: 1) «los sindicatos profesionales y sus uniones ... están obligados a establecer sus **cuentas anuales**», teniendo en cuenta —si «controlan una o más personas morales»— que están obligados entonces, bien «a establecer cuentas consolidadas», bien «a suministrar, en anexo a sus propias cuentas, las cuentas de estas personas morales»; 2) «los sindicatos profesionales ... aseguran la **publicidad de sus cuentas**», teniendo en cuenta —cuando «son iguales o superiores a 230.000 euros al cierre del ejercicio»— que «estos documentos [auditados por un “comisario de cuentas”] se publican en forma electrónica», garantizando «su accesibilidad gratuita», en «el sitio de Internet de la dirección de información legal y administrativa» (ubicado en www.dila.premier-ministre.gouv.fr); y 3) «**se tiene en cuenta para el cálculo de los recursos** mencionados ... **el montante de las subvenciones [públicas]**, de los productos de cualquier naturaleza ligados a la actividad corriente, de los productos financieros, así como de las cotizaciones [de los afiliados]». **En Alemania, en cambio, estos deberes legales no existen, pues los sindicatos alemanes** (confederados en la hegemónica Federación

²⁰ Al respecto, pionera, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 25 abril 2008 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia AS 2008/1444). Recuérdese la admisión de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 98/1985, en relación con el canon regulado por el artículo 11 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, sobre que «habrá de respetarse la voluntad individual del trabajador ..., sin que sea admisible la imposición del canon a reserva de la voluntad en contrario, y sin que se pueda exigir tampoco una manifestación negativa de voluntad, que supondría, sin duda, una presión sobre el trabajador».

²¹ La prueba, por ejemplo, en la Resolución de 18 febrero 2003, aprobada por la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación al informe de fiscalización sobre contratos de asistencia, consultoría y servicios celebrados por la Fundación para la Formación Continua (FORCEM), ejercicios 1996 a 1998 (*Boletín Oficial del Estado* de 25 abril 2003).

²² Dicha Ley, cuyo nombre oficial es Ley de Revelación e Información de Empresarios y Sindicatos (*Labor Management Reporting and Disclosure Act*), y cuyo nombre popular es Ley Landrum-Griffin, aparece contenida en el Capítulo 11 del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

Alemana de Sindicatos [*Deutscher Gewerkschaftsbund*] o DGB)²³ se financian exclusivamente con ingresos de carácter privado, provenientes de las cuotas que pagan sus muchos trabajadores afiliados (a 31 diciembre 2010, la DGB contaba exactamente con «6.193.252» de tales trabajadores afiliados)²⁴, sobre las que se monta un peculiar sindicalismo de servicios o «prestaciones [*Leistungen*]» a los propios afiliados (entre las que se incluye, por ejemplo, el «subsidio de huelga [*Streikunterstützung*]» sustitutorio del salario, que paga el sindicato en el caso de que sus afiliados participen en una huelga declarada por el propio sindicato). Sobre el tema, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ampara muy diversas formas de regular la financiación de los sindicatos, afirmando al respecto que «las disposiciones legislativas que establecen, por ejemplo, la presentación anual de balances financieros a las autoridades en la forma prescrita por la ley, y el suministro de otros datos acerca de cuestiones que no parezcan claras en dichos balances financieros, no constituyen en sí una violación de la autonomía sindical».

El caso francés resulta especialmente llamativo para nosotros, dado que en Francia (aun siendo cierto que los sindicatos, a diferencia de lo que sucede en España, no «irradian» la «representatividad» que poseen a sus entes afiliados u órganos menores), también se utiliza un método matemático para su medición —al igual que ocurre en España—, distinguiendo a estos efectos el Código francés del Trabajo tres tipos esenciales de «representatividad sindical [*représentativité syndicale*]»²⁵: 1) «a nivel de empresa y de centro de trabajo [*au niveau de l'entreprise et de l'établissement*]», teniendo en cuenta que en este concreto nivel «son representativas las organizaciones sindicales ... que han recogido al menos el 10% de los sufragios emitidos en la primera vuelta de las últimas elecciones [a representantes unitarios de los trabajadores]»; 2) «a nivel de sector profesional [*au niveau de branche professionnelle*]», resultando aquí «representativas las organizaciones sindicales que ... han recogido al menos el 8% de los sufragios emitidos en la primera vuelta de las últimas elecciones [a representantes unitarios de los trabajadores] ... sumados a nivel de sector»; y 3) «a nivel nacional e interprofesional [*au niveau national et interprofessionnel*]», donde rige el mismo porcentaje aplicable a nivel de sector, pero teniendo en cuenta que aquí las organizaciones sindicales también han de ser «representativas a la vez en los sectores de la industria, de la construcción, del comercio y de los servicios».

En Alemania, en cambio, el Estado se mantiene neutral ante los sindicatos, de manera que son los empresarios o asociaciones de empresarios quienes proceden a reconocer sus interlocutores sindicales, resultando lógico que este reconocimiento empresarial recaiga

²³ Sobre ella, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Los estatutos de la Federación Alemana de Sindicatos (*Deutscher Gewerkschaftsbund*). Comparación contextualizadora con los estatutos confederales de Comisiones Obreras y de la Unión General de Trabajadores, y traducción castellana», cit., págs. 85 y ss.

²⁴ Con transparencia absoluta, véase el sitio en Internet de dicha central sindical, ubicado en www.dgb.de.

²⁵ Cfr. artículos L. 2121-1 a L. 2122-12.

sobre sindicatos que tienen (por ejemplo, por su número de afiliados) la denominada «fuerza de imponerse [*Durchsetzungskraft*]»²⁶.

La infraestructura normativa del Derecho sindical de la OIT está constituida por sus Convenios núm. 87 de 1948 y 98 de 1949, que no pudieron ser ratificados por España hasta la desaparición del franquismo. El control del cumplimiento de estos Convenios se encomienda al citado Comité de Libertad Sindical, que elabora doctrina enjuiciando los casos que se le plantean. Todo este material normativo y jurisprudencial resulta clara y gratuitamente accesible en el sitio en Internet de la OIT, ubicado en www.ilo.org.

²⁶ Véase U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 70 y ss.

Lesson 15

*THE UNIONS, THEIR MEMBERS AND THE POLEMIC
ABOUT THEIR FINANCING*

Contents: §1. *The Organic Act on Freedom Union and its choice from electoral audience.* §2. *The polemic about union financing, in Spain and in France.* §3. *The transparent public financing of unions in France, and the private financing of unions in Germany, as contrast elements.*

§1. In Spain, **the union freedom** exists since 1977. Nowadays, it is **ruled in the Organic Act No. 11/1985, of August 2nd**, on Union Freedom, the constitutionality of which was affirmed by the Constitutional Court Decision No. 98/1985, of July 29th. This Organic Act—which contains a phantom schedule— **recognizes the right to freely creation of unions, protecting their independence** not only against public Administrations, but also against the employers (the unions controlled by the employers, usually enterprisewide ones, are called since the XIXth century «yellow» unions), and even, against other unions. This freedom to create unions **naturally provokes the phenomenon of the union pluralism**, what compels—given the existence in Spain of tens and tens of legally incorporated unions—to only privilege some few. To make this union sieve, our Organic Act No. 11/1985 did without the criterium of «establishment» (that is, the figures of members the unions have), to exclusively handle the criterium of «audience» (that is, looking at the results obtained by the unions, in introducing candidates and candidatures in the elections to statutory and unitarian workers', civil servants', and statutory staff's representatives), on the basis of which is measured what the own Organic Act No. 11/1985 calls union «representativity». According to this criterium of electoral «audience», **the Spanish unions are clasiffied in** three different categories: (1) the **«most representative» unions**, which are—at a statewide level—the ones having «a 10 per cent or more» of the total of unitarian workers', civil servants', and statutory staff's representatives (being such, in practice, only *Comisiones Obreras* or CC.OO and *Unión General de Trabajadores* or UGT), and also—but now at an Autonomous Community-wide level—the ones having in an Autonomous Community

a «15 per cent» of the unitarian workers', civil servants', and statutory staff's representatives, but «provided that they have a minimum of 1.500» of such unitarian representatives in the corresponding Autonomous Community (they are, in practice, only the *Confederación Intersindical Galega* or CIG, in Galicia, and *Solidaridad de Trabajadores Vascos* or ELA-STV and *Comisiones de Obreros Patriotas* or LAB, in the Basque Country); (2) the **merely «representative» unions**, which are those having obtained a «10 per cent or more» of the unitarian workers', civil servants', and statutory staff's representatives, but only «in an specific geographic and functional scope», which necessarily must be a specific productive sector or a specific enterprise; and (3) lastly, the **non-representative unions**, which are by exclusion the remainder ones. Among the several privileges having the «most representative» unions, the most important is the one of monopolizing in coalition the bargaining of collective bargaining agreements at a superior level to enterprise (for example, the provincewide or statewide collective bargaining agreements), representing all the workers covered by the corresponding collective bargaining agreement, although they are workers not members of such unions.

§2. If compared the figures of members of the Spanish unions and the figures of members of the unions operating in the countries surrounding us, necessarily the conclusion prevails that **the Spanish figures of union membership are very low, as well as in France**. These figures can be known through the website of the International Trade Union Confederation or ITUC, located in www.ituc-csi.org, according to which CC.OO. and UGT had (in June 2010) around «1,200,000» and «880,000» members, respectively. Of course, **the members pay their contributions to the unions, which are the natural and most primary source of financing** for the own unions. **But the Spanish unions do not recover income enough by this way**, what explains their need to recover additional funds, in order to face the several competences and representative functions statutorily assigned to them. To a large extent, these **additional funds come from grants of the several public Administrations** we have in Spain (the State, the Autonomous Communities, autonomous public bodies, and local corporations), granted by them in proportion to the union «representativity», the volume of which even requires that the subsidized unions create specific «foundations», to so manage them. **On the subject-matter of the supposed docility before the Government of**

a subsidized unionism with public funds, there exists nowadays in Spain a deep mass-media debate, fed—in what respects to the strictly scientific debate— by facts such as, for example, the UGT's farfetched «bail-out» issued by the Government (by means of the enactment of the Royal Decree-act No. 13/2005, here really urgent, the constitutionality of which is still pending of being adjudged by the Constitutional Court), which allowed to such union to pay—when the deadline was very close—a debt of near 150 million euros against the *Instituto de Crédito Oficial*, and deriving from its failed real state businesses. Anyway, a very similar situation to the one pictured by the «HADAS-LEBEL Report» of May 2006—written having in sight some «recent» scandales of illegal financing—, about the union financing in France («this area is characterized by a great opacity», caused by «the lack of the duty to publish their accounts by the union organizations», by «the extreme fragmentation of the public and parapublic resources» they handle, and by «the complexity of the union structures» provided with interposed bodies, what conditions, in its turn, their supposed «disability to elaborate consolidated accounts»), serving as a basis to a deep reform of the French Labor Code in this specific point, performed in 2008-2009, and the master pieces of which we immediately deal with.

§3. Following the way inaugurated by the American Union Act of 1959, **the French Labor Code rules today the subject-matter of union financing** in its sections L 2135-1 to L 2135-8, and D 2135-1 to D 2135-9—also applicable to the employer associations financing—, building it **on three basic rules**: (1) «the professional unions and their federations ... are under the duty to set their **yearly accounts**», bearing in mind—if they «control one or more legal persons»— that they are then under the duty, either «to set consolidated accounts», or «to provide for, in annex to their own accounts, the accounts of these legal persons»; (2) «the professional unions ... ensure the **publicity of their accounts**», bearing in mind—when they «are equal or above to 230,000 euros to the end of the year»— that «these [audit by an “accounting auditor”] documents are published in electronic way», guaranteeing «their toll-free accessibility», in «the website of the direction for legal and administrative information» (located in www.dila.premier-ministre.gouv.fr); and (3) «**the sum of the [public] grants**, of incomes of any nature linked to the ordinary activity, of the financial incomes, as well as the [members'] contributions ... **are**

taken into account to the resources calculation». In Germany, on the contrary, these statutory duties do not exist, since the German unions (confederated in the prevailing German Federation of Unions [*Deutscher Gewerkschaftsbund*] or DGB) are exclusively financed with private incomes, coming from the contributions payed by its many members (at December 31st, 2010, the DGB had exactly «6,193,252» of such members), being built on them a peculiar service or «benefits [*Leistungen*]» unionism to its own members (including among them, for example, the «strike allowance [*Streikunterstützung*]» replacing the salary, which the union pays in the event of their members participate in a strike called by the own union). On this subject, the ILO's Committee on Freedom of Association protects a number of ways to rule the union financing, stating to this respect that «the statutory norms providing, for example, for the yearly filing of financial balances to authorities in the way stated by the Law, and the supply of another data relating to questions not clear in such financing balances, do not constitute by itself a union's autonomy violation».

LA EFICACIA NORMATIVA GENERAL Y GENERALIZADA
DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS SECTORIALES ESPAÑOLES,
UNA RAREZA EN SISTEMAS DEMOCRÁTICOS
DE RELACIONES LABORALES

Sumario: §1. La eficacia normativa general de los convenios colectivos sectoriales españoles y sus antecedentes predemocráticos. §2. La cobertura generalizada de los convenios colectivos sectoriales negociados al amparo del Título III del Estatuto de los Trabajadores. §3. La regla general europea contraria, de existencia de convenios colectivos sectoriales de eficacia normativa limitada.

§1. **La eficacia normativa general de los convenios colectivos sectoriales** (esto es, el hecho de que tales convenios se apliquen automáticamente a todos y cada uno de los trabajadores encuadrados en el concreto sector económico [banca, comercio, metal, industria textil, etc.] a que se refiere su ámbito) fue una institución creada por el **Derecho fascista** de los años veinte del siglo pasado, de la que todavía quedan rastros en el Código Civil italiano de 1942. **De este Derecho fascista la tomó en España el Derecho franquista**, pasando a regularla en sus Leyes de convenios colectivos sindicales de 1958 y 1973, que basaban dicha eficacia normativa general en tres pilares: 1) el monopolio de la legitimación para negociar los convenios colectivos sectoriales por los sindicatos oficiales del régimen, a los que todos los trabajadores estaban obligados a afiliarse; 2) la sumisión de los convenios negociados por dichos sindicatos oficiales a un control administrativo previo, ceñido a comprobar la legalidad del convenio acordado (y que incluía el respeto a un «contenido necesario» del convenio, legalmente impuesto); y 3) la publicación obligatoria de los convenios colectivos que pasaban dicho control en el periódico oficial correspondiente a su ámbito territorial —al igual que ocurre con las normas, lo que explica que estos convenios también acabasen conociéndose con el nombre de «normas sectoriales»—, que en aquella época sólo podía ser o el *Boletín Oficial del Estado* o un *Boletín Oficial* provincial. Tras algún titubeo después del fallecimiento del General FRANCO¹, **el Estatuto de los Trabajadores** certificó en este

¹ Más en concreto, durante la vigencia de las modificaciones operadas en la segunda Ley franquista de convenios colectivos por el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 marzo. Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Artículos 82.1 y 82.3», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo XII - vol. 1º, EDERSA (Madrid, 2001), págs. 15 y ss., y 39 y ss.

concreto punto el carácter no rupturista con la dictadura de la llamada «transición política» a la democracia (es la «ley de inercia», moneda corriente en materia de negociación colectiva, pero «que también opera en política»)², puesto que **sigue previendo —en su Título III (rotulado «De la negociación y de los convenios colectivos»), artículos 82 a 92— la eficacia normativa general de los nuevos convenios colectivos** (sectoriales y no sectoriales) que procede a regular. Sobre el tema, el precepto clave es su artículo 82, apartado 3, según el cual «los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia»³. En el Estatuto de los Trabajadores, **dicha eficacia normativa general sigue subordinándose —como durante el franquismo— a la superación por el convenio de un control administrativo previo** (que ahora no sólo es de legalidad [incluyendo de nuevo el respeto a un «contenido mínimo» del convenio, cada vez más abultado e hinchado, e insólito en el mundo que nos rodea]⁴, sino también de ileividad)⁵ y **a la publicación obligatoria del convenio controlado en algún periódico oficial** (entre los que se incluyen ahora, dada la nueva estructuración territorial del Estado, los *Diarios Oficiales* de las Comunidades Autónomas)⁶, aunque **en materia de legitimación** para negociar convenios colectivos sectoriales hubo necesariamente que efectuar cambios, dada la desaparición de los sindicatos oficiales del régimen franquista. Estos cambios consistieron en aprovechar el nuevo concepto de «representatividad» sindical, que hace abstracción —como ya se dijo— del hecho de que los trabajadores afectados se encuentren o no afiliados a los sindicatos, para tomar en consideración únicamente los resultados obtenidos por los propios sindicatos en las elecciones a representantes unitarios de los trabajadores, funcionarios y asimilados⁷. Sobre esta nueva legitimación para negociar convenios colectivos sectoriales, **el precepto clave es el artículo 88 del Estatuto de los Trabajadores**, según el cual tienen **legitimación «plena» para negociar** dicha clase de convenios aquellos

² Cfr. E. BORRAJO DACRUZ, «Los convenios colectivos en el nuevo marco de las relaciones laborales (Una introducción al Estatuto de los Trabajadores)», *Revista de Estudios Sociales*, núm. 1 (1979), pág. 41.

³ Por supuesto, el Estatuto de los Trabajadores utiliza la expresión «eficacia general» [cfr. su artículo 85, apartado 3, letra h), núm. 2º].

⁴ Cfr. artículo 85, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores.

⁵ Cfr. artículo 90, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores.

⁶ Cfr. artículo 90, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores.

⁷ Véase *supra*, Tema 15, §1.

sindicatos que «representen como mínimo ... a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal ... afectados por el convenio»⁸. **En la práctica, esta regla se traduce en el monopolio de las confederaciones sindicales CCOO y UGT («más representativas» en toda España, recuérdese) para negociar coaligadas todo tipo de convenios colectivos sectoriales de eficacia normativa general, y especialmente los de ámbito estatal, aunque en Galicia y el País Vasco tengan frecuentemente que compartir dicho monopolio suyo con la CIG, ELA-STV y LAB (asimismo «más representativas», en dichas dos Comunidades Autónomas), para poder negociar convenios colectivos sectoriales de ámbito territorial provincial o autonómico.**

La eficacia normativa trae causa del hecho de que todo convenio colectivo tiene un contenido normativo —por cierto, protegido por el artículo 37, apartado 1, de la Constitución, allí donde afirma que la Ley garantizará «la fuerza vinculante de los convenios»⁹—, afirmando a este respecto el Tribunal Constitucional que «la garantía constitucional de la fuerza vinculante implica ... la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido *normativo* de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo ... *de manera automática*, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales» (esto es, dicho todavía más crudamente, sin precisar «una aceptación individual de lo pactado»)¹⁰.

Precisamente porque el contenido normativo del convenio colectivo regula las condiciones reales de trabajo (salario, jornada, permisos, etc.), resultaría injusto que su vigencia caducase o expirase automáticamente por el mero transcurso del plazo de duración expresamente pactado en el mismo —dicha caducidad provocaría que pasasen a aplicársele al trabajador condiciones de trabajo mínimas (por ejemplo, el salario mínimo interprofesional), desorganizándole transitoriamente su vida personal y familiar—, lo que explica que en el mundo que nos rodea se prevea de algún modo la prórroga de ese contenido normativo, hasta que se alcance un nuevo convenio colectivo de sustitución del vencido. La institución que hace posible esta prórroga es la «denuncia» del convenio colectivo¹¹, que suele tener carácter no extintivo del contenido normativo del convenio en cuestión. Sobre el tema, nuestra legislación afirma que «salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes»¹², teniendo en cuenta que la regla general, en caso de denuncia, es la de la doctrinal y jurisprudencialmente denominada «ultractividad», pues «en defecto de pacto, cuando hubiera transcurrido el plazo máximo

⁸ La jurisprudencia pretende poner orden en el galimatías legal sobre este asunto de la legitimación para convenir, distinguiendo una legitimación «inicial», una legitimación «plena» y una legitimación «decisoria». Por todas, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 octubre 2001 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia 2002/1418), muchas veces reiterada. Nuestra visión del asunto, en A. ARUFE VARELA, «Artículo 88», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. XII, vol. 1º, cit., págs. 219 y ss.

⁹ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La negociación colectiva en la Constitución», *Cuadernos de Derecho Judicial*, V (2003), págs. 43 y ss.

¹⁰ Por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 58/1985, de 30 abril.

¹¹ Sobre el tema, A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo*, Civitas (Madrid, 2000), 233 págs.

¹² Artículo 86, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores.

de negociación sin alcanzarse un acuerdo y las partes del convenio no se hubieran sometido a los procedimientos [extrajudiciales para la solución de conflictos de intereses, incluido el arbitraje] ..., se mantendrá la vigencia del convenio colectivo»¹³.

Además de su eficacia normativa y de su contenido normativo, el convenio colectivo también tiene una eficacia obligacional o contractual, que permite hablar del contenido contractual u obligacional del convenio colectivo. En principio, se trata de cláusulas (expresas o implícitas) que vinculan sólo a los sujetos que estipularon el convenio colectivo y que se orientan a evitar el incumplimiento por ellas de lo pactado, reconduciéndolas al Estatuto de los Trabajadores a las reguladoras de la renuncia a la huelga durante la vigencia del convenio, pues «durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia»¹⁴. Esta reconducción obliga a considerar normativas las cláusulas convencionales reguladoras de la llamada «comisión paritaria», tradicionalmente encargada de resolver todos los conflictos provocados por la interpretación y aplicación del convenio durante su vigencia (o «administración del convenio colectivo»)¹⁵, afirmando el Estatuto de los Trabajadores respecto de ella que «en los supuestos de conflicto colectivo relativo a la interpretación o aplicación del convenio deberá intervenir la comisión paritaria del mismo con carácter previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales ... o ante el órgano judicial competente»¹⁶.

§2. Según estadísticas oficiales¹⁷, en España se encuentran en vigor alrededor de **5.000 convenios colectivos** negociados al amparo de la regulación contenida en el Título III del Estatuto de los Trabajadores (y en consecuencia, dotados de eficacia normativa general), de los cuales aproximadamente 3.800 son convenios colectivos de ámbito empresarial, y prácticamente el resto convenios colectivos sectoriales. Ahora bien, siempre según estas mismas estadísticas oficiales, resulta que **los mil y pico convenios colectivos sectoriales vigentes se aplican a más de 9 millones de trabajadores**, mientras que los convenios empresariales no llegan a cubrir ni siquiera 900 mil trabajadores. **Esta cobertura tan generalizada se explica desde luego por causa de la eficacia normativa general de los convenios en cuestión** —que el Estado fomenta incluso con sus presupuestos¹⁸—, **pero también porque el Estatuto de los Trabajadores**

¹³ Acerca de esto último, artículo 86, apartado 3, párrafo cuarto, del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴ *Ibidem*, párrafo tercero, inciso primero.

¹⁵ Cfr. artículo 85, apartado 3, letra h), del Estatuto de los Trabajadores. Acerca del *background* sustentador de este precepto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, IELSS (Madrid, 1985), 375 págs.

¹⁶ Artículo 91, apartado 3.

¹⁷ Obrantes en el sitio de Internet de nuestro Ministerio de Trabajo, ubicado en www.mtin.es.

¹⁸ Mediante la concesión cada año —con cargo a los presupuestos generales del propio Estado— de subvenciones a los sindicatos, «en proporción a su representatividad» y «por la realización de actividades sindicales», que permiten compensarles los costes de gestión provocados por su negociación de convenios colectivos sectoriales de eficacia general, pues el cobro directo a los trabajadores no afiliados —intentado por los sindicatos— de un «canon de negociación» o «cuota de solidaridad» (supuestamente compensatorios, a su vez, del hecho de que estos trabajadores se beneficiasen, al igual que los trabajadores afiliados a los sindicatos, del contenido de los convenios colectivos sectoriales de eficacia general) fue declarado contrario a la libertad sindical por nuestros tribunales laborales. Respecto de esto último, véase *supra*, Tema 15, §2.

protegía tradicionalmente los convenios colectivos sectoriales frente a la posible disgregación de su ámbito de aplicación, provocada por la negociación en él de nuevos convenios colectivos empresariales (favoreciendo, en consecuencia, la existencia de un modelo centralizado de negociación colectiva), mediante una regulación muy rígida de la llamada «conurrencia» de convenios colectivos. Ahora bien, **a partir de 2011 pretende cambiarse esta situación**, pues el Estado ha comenzado a desactivar el tradicional blindaje de los convenios colectivos sectoriales, pasando a afirmar desde dicho año el Estatuto de los Trabajadores —eso sí, salvo acuerdo en contrario de las asociaciones patronales y centrales sindicales más representativas—, a propósito de dicha «conurrencia», que «un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior», al menos en relación con cuatro grupos de materias negociables, entre las que se cuentan «la cuantía del salario», y «el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación de las vacaciones»¹⁹.

De todas formas, la centralización del modelo se mantiene, pues el propio Estatuto de los Trabajadores reserva a los convenios colectivos sectoriales —cuya tupida red supuestamente cubre toda España²⁰— la prioridad aplicativa respecto de otras siete materias teóricamente negociables, que son «el período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica»²¹.

En la práctica, la citada prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el sectorial no constituye más que una variante del género «descuelgue», que alberga en su seno multitud de especies distintas. Así, caben descuelgues parciales y transitorios (como los salariales)²², pero también parciales y permanentes (como los relativos a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo)²³. Su justificación economicista no empaña la realidad de que se orientan siempre a empeorar las condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores, al amparo de su convenio colectivo sectorial²⁴.

¹⁹ Cfr. artículo 84, apartado 2.

²⁰ Teóricamente, estos convenios estatales cubren en España la totalidad de sectores productivos, al igual que sucedía durante el franquismo con las reglamentaciones nacionales de trabajo y ordenanzas laborales. Acerca del equivalente actual de la reglamentación franquista para las actividades no reglamentadas, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El acuerdo sobre cobertura de vacíos», *Tribuna Social*, núm. 83 (1997), págs. 97 y ss.

²¹ Cfr. artículo 84, apartado 4. Acerca de la que puede denominarse «reserva funcional de convenio colectivo sectorial», véase A. ARUFE VARELA, «Las condiciones de trabajo y empleo en el contenido de los convenios colectivos de grupos de empresas», en el vol. *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), págs. 64 y ss.

²² Cfr. artículo 82, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores. Sobre los antecedentes del tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Las cláusulas de descuelgue salarial en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 95 (1999), págs. 437 y ss.

²³ Cfr. artículo 41, apartados 4, 5 y 6, del Estatuto de los Trabajadores.

²⁴ Confirmándolo contundentemente, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 mayo 2004 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2004/5157), fallada en casación ordinaria.

La virtualidad práctica de todos estos «descuelgues» (en realidad, excepciones a la regla de la eficacia normativa general de los convenios colectivos sectoriales) siempre dejó bastante que desear, lo que explica la proliferación en España de otras válvulas de escape infinitamente más eficaces, pero «al margen de la Ley», encarnadas en los que usualmente se denominan convenios colectivos «extraestatutarios»²⁵.

§3. El modelo español de convenios colectivos sectoriales de eficacia general **constituye una rareza** en el mundo que nos rodea, **puesto que la regla general en Europa es la existencia de convenios colectivos sectoriales de eficacia normativa limitada**, aplicables sólo a los empresarios o trabajadores representados en sentido estricto (esto es, vía vínculo de afiliación) por los sujetos colectivos pactantes de tales convenios²⁶, cuyo contenido (como ocurre en la generalidad de pactos privados, aunque se trate aquí de pactos privados normativos) tampoco se publica —a diferencia de lo que sucede en nuestro país— en periódicos oficiales²⁷. Así, **en Alemania**, la regla —de conformidad con el que cabe denominar **principio de la doble afiliación**— es que el convenio colectivo sectorial (*Flächentarifvertrag* o *Verbandstarifvertrag*) sólo resulta aplicable en la empresa, cuando el trabajador y el empresario están simultánea y respectivamente afiliados a los sujetos colectivos que lo negociaron. **En Francia**, en cambio, rige el **principio de la afiliación simple o única**, quedando el empresario vinculado por un convenio colectivo sectorial (*convention collective de branche*) sólo cuando pertenezca como afiliado a la asociación empresarial que lo hubiese estipulado. En estos dos países, los convenios colectivos sectoriales dotados del plus de la eficacia normativa general existen, sí, pero únicamente a título de excepción. Y así, en Francia, sólo cabe declarar esta eficacia por Orden del Ministro competente en materia de Trabajo, previo informe favorable de cierta super-comisión (compuesta por representantes del Estado, del Consejo de Estado y de todas las organizaciones empresariales y sindicales representativas a nivel nacional); y en la misma línea, en Alemania (donde menos de 500 convenios colectivos, de los aproximadamente 73.000 convenios colectivos alemanes en vigor, poseen eficacia normativa general)²⁸, el Ministro federal de

²⁵ Véase *infra*, Tema 17, §1.

²⁶ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 139 y ss.

²⁷ Respecto de Alemania, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La publicidad del convenio colectivo en el Derecho del Trabajo alemán», *Revista de Derecho Social*, núm. 42 (2008), págs. 183 y ss.

²⁸ Al respecto, véanse las estadísticas obrantes en el sitio de Internet del Ministerio federal de Trabajo y de Seguridad Social, ubicado en www.bmas.bund.de.

Trabajo y de Seguridad Social puede declarar esta última, supuesto que «los empresarios obligados por el convenio colectivo ocupen no menos del 50 por ciento de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo», y supuesto, además, que «la declaración de eficacia general resulte conveniente para el interés público».

En Alemania, todas estas cuestiones aparecen tratadas en la Ley del Convenio Colectivo (*Tarifvertragsgesetz*) de 1949 y en el Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo (*Verordnung zur Durchführung des Tarifvertragsgesetzes*) de 1970²⁹, hablando incluso el Código Civil alemán —dando por supuesto que la eficacia limitada de los convenios es verdadera eficacia normativa— de «los derechos y deberes ... regulados por medio de las normas jurídicas de un convenio colectivo [*durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags*]» [parágrafo 613a].

En Francia, su modelo de negociación colectiva se regula en el Libro II (rotulado «La negociación colectiva — Los convenios y acuerdos colectivos de trabajo [*La négociation collective — Les conventions et accords collectifs de travail*]») de la Parte Segunda del Código del Trabajo, artículos L. 2211 a L. 2283-2.

En los Estados Unidos —donde no existen convenios colectivos sectoriales, sino sólo a lo sumo convenios colectivos «multiempresariales [*multiemployer*]»—, los convenios colectivos empresariales tienen eficacia normativa general³⁰, resultando esto posible porque las elecciones sindicales se celebran allí precisamente con la finalidad de designar el concreto sindicato que negociará el convenio en representación de todos los trabajadores de la empresa (es el llamado «gobierno de la mayoría [*majority rule*]», que obliga al sindicato elegido a cumplir su «deber de representación leal [*duty of fair representation*]» de todos los trabajadores afectados, afiliados y no afiliados)³¹.

²⁹ Nuestra traducción castellana de ambas normas, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 234 y ss.

³⁰ Sobre los diversos tipos de acciones para hacer valer no sólo esta eficacia, sino también la eficacia contractual, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El incumplimiento del convenio colectivo en la jurisprudencia federal norteamericana», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 16 (1983), págs. 577 y ss.

³¹ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Las elecciones sindicales en los Estados Unidos», *Revista de Política Social*, núm. 148 (1985), págs. 41 y ss.

Lesson 16

THE GENERAL AND GENERALIZED NORMATIVE EFFICACY OF THE SPANISH SECTORIAL COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS, A RARITY IN DEMOCRATIC SYSTEMS OF LABOR RELATIONS

Contents: §1. *The general normative efficacy of the Spanish sectorial collective bargaining agreements and its predemocratic background.* §2. *The generalized coverage of the sectorial collective bargaining agreements negotiated under Title III of the Workers' Statute.* §3. *The contrary European general rule, relating to the existence of limited normative efficacy sectorial collective bargaining agreements.*

§1. The general normative efficacy of the sectorial collective bargaining agreements (that is, the fact that such agreements are automatically applied to all and each one of the workers included in the specific economic sector [banking, retail, metal, textile, and so on] corresponding to its scope) was an institution created by the fascist Law of the twenties of the past century, having still some tracks in the Italian Civil Code of 1942. From this fascist Law was taken in Spain by the francoist Law, ruling it in its union collective bargaining agreements Acts of 1958 and 1973, which based such general normative efficacy on three pillars: (1) the monopoly of the legitimation to bargain sectorial collective bargaining agreements by the official unions of the regime, to which all the workers had the duty to be members; (2) the submission of the collective bargaining agreements entered into by such official unions to a previous administrative control, to check that the collective bargaining agreement was according to the Law (including the fulfilment of a «necessary content» of the agreement, imposed by the own Law); and (3) the mandatory publication of the collective bargaining agreements passing such control in the official journal corresponding to their geographic scope—as well as the norms, what explains that these collective bargaining agreements were also called «sectorial norms»—, which at that moment could only be either the *Boletín Oficial del Estado* or a province *Boletín Oficial*. With some doubts after the passing away of General FRANCO, the **Workers' Statute** certified in this specific point the non rupturist character of the so-called «political transition» from the dictatorship to democracy (it is the «inertia Law», an everyday occurrence in the subject-matter of collective

bargaining, but «also working in politics»), because **it still provides—in its Title III** (headed «On the bargaining and on the collective bargaining agreements»), **sections 82 to 92—for the general normative efficacy of the new collective bargaining agreements** (sectorial and non sectorial) which it rules. On the subject, the key norm is its section 82, paragraph 3, according to which «the collective bargaining agreements ruled by this Act bound to all the employers and workers included in their scope and during all their term». In the Workers' Statute, **such general normative efficacy is still subordinated**—like during the francoism—to the passing of **a previous administrative control** by the agreement (which is nowadays not only to check if the collective bargaining agreement is according to the Law [including again the fulfilment of a «minimum content» of the agreement, more and more bulky and inflated, and unusual in the world surrounding us], but also to check a non third party injury by the agreement), **to the mandatory publication of the controlled agreement in some official journal** (including nowadays among them, because of the new territorial structuration of the State, the Autonomous Community *Diarios Oficiales*), although it was needed to make some changes **in the subject-matter of the legitimation** to bargain the new sectorial collective bargaining agreements, because of the missing of the official unions of the francoist regime. These changes consisted of making the most of the new concept of union «representativity», which—as we have already said—makes abstraction of the fact that the affected workers were or not union members, taking only into account the results obtained by the own unions in the elections to the unitarian workers', civil servants', and assimilated ones' representatives. About this new legitimation to bargain collective bargaining agreements, **the key norm is section 88 of the Workers' Statute**, according to which those unions who «represent as a minimum ... the absolute majority of the members of the works councils and staff delegates ... affected by the agreement» have **«full» legitimation to bargain** such kind of collective bargaining agreements. **In practice, this rule means the monopoly of the union confederations CCOO and UGT** («most representatives» in the whole Spain, let us remember) **to bargain in coalition any kind of sectorial collective bargaining agreements with general normative efficacy**, and namely the statewide ones, **although in Galicia and in the Basque Country they must frequently share such monopoly with the CIG, ELA-STV,**

and LAB (likewise «most representatives» in such two Autonomous Communities), to bargain provincewide or Autonomous Community-wide sectorial collective bargaining agreements.

§2. According to official statistics, **around 5,000 collective bargaining agreements** negotiated under Title III of the Workers' Statute (and therefore, provided with general normative efficacy) are in force in Spain, being 3,800 of them enterprise collective bargaining agreements, and the practical rest sectorial collective bargaining agreements. However, always according to these same official statistics, **over one thousand sectorial collective bargaining agreements in force are applicable to more than 9 million workers**, whereas the enterprise collective bargaining agreements do not even cover 900 thousand workers. **This generalized coverage is explained because of the general normative efficacy of the agreements at issue**—which is even promoted by the State through its budget—, **but also because the Workers' Statute traditionally protected the sectorial collective bargaining agreements** against the posible disintegration of their scope, if provoked by the negotiation in it of new enterprise collective bargaining agreements (favouring, as a consequence, the existence of a centralized model of collective bargaining), by means of a very rigid regulation of the so-called «concurrency» of collective bargaining agreements. However, **this situation is moved to a change since 2011**, because the State has begun to deactivate the traditional shield protecting the sectorial collective bargaining agreements, stating the Workers' Statute since that year—except as otherwise provided by the most representative unions and employers' organizations—, regarding such «concurrency», that «an enterprise collective bargaining agreement shall have priority in its application with respect to a statewide, autonomous community-wide or lowerwide scope sectorial collective bargaining agreement», at least regarding four groups of bargainable subject-matters, and among them, «the amount of the wage», and «the timetable and the distribution of the working time, the regime of shifts, and the planification of the vacation».

§3. **The Spanish model** of sectorial collective bargaining agreements with general efficacy **is a rarity** in the world surrounding us, **because the general rule in Europe is the existence of sectorial collective bargaining agreements with limited normative efficacy**, only applicable to the employers or workers represented in a narrow sense (that is, via membership) by the collective parties entering into such agreements, the content of which

(as it occurs, as a general rule, in the private agreements, although they are here normative private agreements) is not published —unlike the situation in our country— in official journals. So, **in Germany**, the general rule—according to the so-called **principle of the twofold membership**— is that the sectorial collective bargaining agreement (*Flächentarifvertrag* o *Verbandstarifvertrag*) is only applicable in the enterprise, when the worker and the employer are simultaneously and respectively members of the collective parties entering into it. **In France**, on the contrary, governs the **principle of the unique membership**, so that the employer is only bounded by a sectorial collective bargaining agreement (*convention collective de branche*) when he is a member of the employer's association who entered into it. In both countries, there exist the sectorial collective bargaining agreements provided with the plus of the general normative efficacy, but only as an exception. And so, in France, it is only possible to declare such efficacy by Order of the competent Minister in the subject-matter of Labor, after a favorable report of a certain super-commission (consisting of representatives of the State, of the State Council, and of the whole nationwide representative union and employer organizations); and in the same line, in Germany (where less than 500 collective agreements, in a total of around 73,000 German collective bargaining agreements in force, have general normative efficacy), the Federal Minister for Labor and Social Security can declare this last, supposing that «the employers bounded by the collective bargaining agreement employ not less than a 50 per cent of the workers included in the scope of the collective bargaining agreement», and supposing, too, that «the declaration of general efficacy is convenient for the public interest».

Tema 17

**LA VÁLVULA DE ESCAPE REPRESENTADA POR LOS
CONVENIOS COLECTIVOS «EXTRAESTATUTARIOS»,
ESPECIALMENTE LOS DE ÁMBITO EMPRESARIAL**

Sumario: §1. Los convenios colectivos «extraestatutarios» y su eficacia normativa, general o limitada. §2. Los convenios colectivos «extraestatutarios» verbales de ámbito empresarial. §3. La contraposición entre ordenamientos anglosajones y ordenamientos continentales europeos, en materia de forma del convenio colectivo.

§1. Sobre la base de que la negociación colectiva «al margen de la Ley» es un fenómeno que siempre ha existido en España, **convenios colectivos «extraestatutarios» son los negociados** al margen de la Ley española específicamente reguladora hoy de los convenios colectivos (esto es, negociados **al margen del Título III del Estatuto de los Trabajadores**)¹. **En ocasiones**, se trata de convenios colectivos literalmente expulsados del ámbito de aplicación de dicho Título III, pues **se negocian** —del lado de los trabajadores— **por sujetos carentes de toda legitimación negocial**, pudiendo referirse esta expulsión: 1) a convenios colectivos «extraestatutarios» sectoriales, **como ocurre en el caso de los convenios colectivos reguladores del deporte profesional** (fútbol masculino, baloncesto masculino, baloncesto femenino, balonmano masculino y ciclismo masculino), negociados por sindicatos carentes en sentido jurídico de toda «representatividad» (por ejemplo, la AFE, a pesar de que su porcentaje de afiliación de futbolistas de primera y segunda división es del 100 por 100)², **lo que no impide que posean verdadera eficacia normativa general** (salvo en el

¹ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La negociación colectiva extraestatutaria», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Derecho del Trabajo*, núm. 68 (2007), págs. 181 y ss.

² Véase A. ARUFE VARELA, «Reflexiones acerca de la estructura de la negociación colectiva en el ámbito del deporte profesional», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley-Actualidad (Madrid, 1999), págs. 149 y ss.; e I. VIZCAÍNO RAMOS, «¿Es un convenio colectivo la “Carta” del Fútbol Profesional francés? A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Social de la Corte de Casación de 9 de julio de 2008», A. ARUFE VARELA, «La singularidad de la parte patronal del convenio colectivo de la Liga Nacional yanqui de Fútbol Americano. Estudio comparado con la de los convenios colectivos de las otras tres Ligas deportivas norteamericanas positivizadas», e I. VIZCAÍNO RAMOS, «La parte obrera del primer convenio colectivo del baloncesto femenino español. Estudio comparado con la parte sindical de los convenios colectivos del baloncesto masculino español y del baloncesto femenino norteamericano», todos ellos en I. VIZCAÍNO RAMOS y R.M. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO (Coordinadores), *Estudios comparatistas sobre Derecho deportivo del Trabajo (masculino, femenino y mixto)*, Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 37 y ss., 49 y ss. y 119 y ss., respectivamente.

caso del convenio colectivo del fútbol sala masculino, que sólo tiene eficacia normativa limitada³; y 2) a convenios colectivos «extraestatutarios» de ámbito empresarial, como ocurre **en el caso de los convenios colectivos microempresariales —de evidente eficacia normativa limitada—**, negociados en el seno de empresas (por ejemplo, de menos de seis trabajadores) donde no pueden existir ni delegados de personal ni mucho menos comités de empresa, que son los sujetos a los que el Título III del Estatuto de los Trabajadores otorga, en principio, legitimación para negociar los convenios colectivos empresariales⁴. **Otras veces, en cambio, son los propios sujetos negociadores de los convenios colectivos «extraestatutarios» los que voluntariamente se colocan al margen del Título III del Estatuto de los Trabajadores**, pudiendo también referirse esta autoexclusión: 1) a convenios colectivos «extraestatutarios» sectoriales, **en el caso**, por ejemplo, **de que fuesen negociados por sindicatos** con «representatividad», pero **que no tienen por sí solos la legitimación «plena»** para convenir legalmente exigida (esto es, no representan a la mayoría absoluta de delegados de personal y comités de empresa en el ámbito del convenio), provocando este hecho que se trate de convenios colectivos **dotados de eficacia normativa limitada**⁵; y 2) a convenios colectivos «extraestatutarios» de ámbito empresarial, como en el caso frecuentísimo de los **acuerdos o pactos de empresa** negociados con el empresario por los representantes legales o unitarios de sus trabajadores (por tanto, con legitimación negocial «plena»), pero **sin comunicar su existencia a la Administración laboral** (y en consecuencia, sin poder publicarse su contenido en ningún periódico oficial), **a pesar de lo cual poseen verdadera eficacia normativa general**⁶. Por paradójico que pueda

³ Véase I. VIZCAÍNO RAMOS, «El vigente Convenio Colectivo del fútbol sala español: un convenio colectivo sorprendente», *Aranzadi Social*, núm. 7-8 (2009), págs. 109 y ss.

⁴ La doctrina en contra de una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 febrero 2008 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2008/1634), que habla en estos casos de «convenios plurales», ha sido enervada tras la reforma operada por la Ley 35/2010 en diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores, que legalizan ahora la figura del representante legal o unitario de los trabajadores «extraestatutario» (al respecto, véase *supra*, Tema 14, §2). En cualquier caso, se trataba de una doctrina constitucionalmente insostenible, porque negaba al empresario pequeño la titularidad del derecho de negociación colectiva, que reconoce a todos los empresarios (sin distinción de tamaños) el artículo 37, apartado 1, de la Constitución. El límite entre lo individual y lo colectivo lo marca aquí la existencia de al menos 2 trabajadores, habiendo enjuiciado una clásica Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 9 mayo 1989 (repertorio *Aranzadi del Tribunal Central de Trabajo* de 1989, vol. I, referencia 209) el caso límite de «impugnación por la autoridad laboral de un “convenio colectivo” suscrito por cierto empresario de panadería *con su único trabajador*», en el que por supuesto no cabe hablar de la existencia de convenio colectivo, ni siquiera «extraestatutario».

⁵ Al respecto, la resolución decisiva es la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 108/1989, de 8 junio.

⁶ Acerca de que puede tratarse de acuerdos de empresa que empeoran incluso las condiciones de trabajo reguladas en verdaderos convenios colectivos estatutarios, véase una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 mayo 2004 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2004/5157), fallada en casación ordinaria.

resultar, la magnitud alcanzada por este fenómeno (que permite flexibilizar, al modo de una gigantesca válvula de escape, el sistema español de relaciones laborales colectivas), ha acabado provocando su «legalización», aunque discreta. Acerca de esto último, el precepto clave es el artículo 151, apartado 1, de la Ley de Procedimiento Laboral, que permite tramitar el proceso laboral especial de conflicto colectivo para «la aplicación e interpretación de una norma estatal, *convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia*, o de una decisión o práctica de empresa»⁷.

La reiterada afirmación jurisprudencial de que los convenios colectivos «extraestatutarios», carentes de eficacia general, tienen sólo eficacia contractual u obligacional, pero no eficacia normativa, resulta un auténtico disparate jurídico. Suele utilizarla nuestro Tribunal Supremo para justificar la falta de «ultractividad» de dichos convenios, y en consecuencia, la imposibilidad de aplicarles lo dispuesto en el artículo 86, apartado 3, párrafo cuarto, del Estatuto de los Trabajadores⁸. Se trata de un argumento que mata pulgas a cañonazos, dado que: 1) confunde la eficacia normativa a secas (esto es, la que se despliega en el período de vigencia originaria de todo convenio colectivo) con la eficacia normativa «ultractiva», que también puede faltar —si es que así se hubiese pactado— en los propios convenios colectivos estatutarios; 2) no cae en la cuenta de que un cuerpo de convenio sin el alma de la eficacia normativa nunca puede llegar a ser un convenio colectivo, olvidando al tiempo que el automatismo de la aplicación del contenido del convenio colectivo «extraestatutario» a los afiliados no puede explicarse sólo con el nudo amparo del artículo 1257 del Código Civil (los afiliados al sindicato pactante no son ni «herederos» suyos, ni tampoco «terceros») o sólo con el nudo vínculo asociativo entre sindicato y afiliados, puesto que en España —respecto de los convenios colectivos «extraestatutarios» de eficacia limitada— rige «el gráficamente llamado principio de la “doble pertenencia”, pues requiere que tanto la empresa como los trabajadores estén representados por quienes participan en la mesa negociadora»⁹; y 3) viola lo dispuesto en el artículo 37, apartado 1, de la Constitución, puesto que la «fuerza vinculante» de los convenios allí garantizada comprende a la vez la eficacia normativa y la eficacia contractual que tienen todos los convenios colectivos, estatutarios y «extraestatutarios», evidenciando el contenido contractual (distinto del contenido normativo) que los segundos pueden poseer, el hecho de que también sea posible pactar en los convenios colectivos «extraestatutarios» la renuncia a la huelga durante su vigencia, precisamente porque son verdaderos convenios colectivos y no meros contratos individuales de trabajo¹⁰.

El Título III del Estatuto de los Trabajadores manifiesta una clara animadversión hacia lo que hacen los sindicatos horizontales o de grupos específicos de trabajadores, cuya fuerza

⁷ Cfr., también, artículo 163, apartado 1, de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁸ Al respecto, por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 febrero 2010 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2010/2831).

⁹ Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 julio 2003 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia JUR 260262).

¹⁰ Al respecto, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 marzo 2001 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2001/2829), fallada en casación ordinaria. Sobre ella, A. ARUFE VARELA, «Un supuesto típico de sucesión, por convenio colectivo extraestatutario, de un convenio colectivo estatutario denunciado y vencido. A propósito de una STS de 1 marzo 2001», *Actualidad Laboral*, núm. 29 (2002), págs. 629 y ss.

se basa en el número de afiliados que poseen (recuérdese, su «implantación», en cuanto que opuesta a la «representatividad» de los sindicatos verticales o de clase), ofreciendo dos pruebas clamorosas de la misma. En primer lugar, que no les permita negociar convenios colectivos sectoriales, afirmando —respecto de los que sí pueden negociar— que «en los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimados para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta»¹¹. En segundo lugar, que otorgue en los sectores donde tradicionalmente no existen representantes legales o unitarios de los trabajadores (y en consecuencia, tampoco sindicatos «representativos») la legitimación para negociar (y ello, *manu militari*) precisamente a los sindicatos «más representativos» (aunque carezcan de afiliados en el sector correspondiente), pues «en aquellos sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma»¹².

Aparte el sector del espectáculo taurino¹³, el único sector donde los sindicatos «más representativos» vienen utilizando este tipo de legitimación *manu militari* es el de las empresas de trabajo temporal, con amparo en la Ley reguladora de estas últimas, según la cual «en ausencia de órganos de representación legal de los trabajadores, estarán legitimadas para negociar los convenios colectivos que afecten a las empresas de trabajo temporal las organizaciones sindicales más representativas, entendiéndose válidamente constituida la representación de los trabajadores en la comisión negociadora cuando de ella formen parte tales organizaciones»¹⁴.

§2. Aunque la Administración laboral tiende últimamente a facilitar el registro administrativo electrónico de los convenios colectivos «extraestatutarios»¹⁵, lo cierto es que la magnitud de este fenómeno escapa a toda posible cuantificación basada en estadísticas oficiales. Entre otras razones, ello se debe a que **el tenor literal del artículo 90, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores** («los convenios colectivos a que se refiere esta Ley han de efectuarse por escrito, bajo sanción de nulidad») **posibilita la existencia de convenios colectivos «extraestatutarios» verbales**, supuesto que en absoluto podrían identificarse estos últimos con «los convenios a que se refiere esta Ley», únicos que imperativamente deben formalizarse por escrito. **La validez y eficacia de los convenios colectivos «extraestatutarios» verbales**, espontáneamente negociados en las empresas por el empresario y los representantes legales o unitarios de los trabajadores, **vienen siendo sancionadas por reiterada jurisprudencia de nuestros tribunales**

¹¹ Artículo 87, apartado 1, párrafo cuarto.

¹² Artículo 87, apartado 2, párrafo tercero.

¹³ Prosperando el recurso interpuesto por UGT, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 junio 1999 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1999/5068), fallada en casación ordinaria.

¹⁴ Artículo 13 de la Ley 14/1994, de 1 junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

¹⁵ Cfr. disposición adicional segunda del Real Decreto 713/2010, de 28 mayo, rotulada «Depósito de convenios y acuerdos de eficacia limitada y acuerdos de empresa».

laborales¹⁶, según la cual la estipulación de los mismos: 1) «puede preceder a la del convenio colectivo escrito, especialmente si este último es de ámbito territorial y funcional superior al del convenio colectivo verbal»; 2) «puede ser rigurosamente simultánea a la del convenio colectivo escrito», existiendo en este caso convenios colectivos «paralelos, concluidos en niveles empresariales de negociación distintos, puesto que en el mismo nivel no cabría más remedio que hablar de que el verbal no es más que un mero preacuerdo del escrito»; y 3) «puede ser subsiguiente a la del convenio colectivo escrito», como en el caso, por ejemplo, del «acuerdo verbal de complemento del convenio colectivo escrito —aún de ámbito empresarial—, el cual no tiene necesariamente por qué ajustarse como un guante a la realidad laboral de la concreta empresa en que regía».

El precedente judicial absoluto sobre los convenios colectivos verbales, en España, es una Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 julio 1931, relativa a «un contrato colectivo obtenido por un Comité de huelga».

Con el transcurso del tiempo, los convenios colectivos verbales pacíficamente observados pueden acabar convirtiéndose en decisiones o prácticas de empresa (dotadas de la eficacia normativa propia de la costumbre laboral), cuyo origen convencional subraya nuestra jurisprudencia, al hablar de que existe en estos casos un convenio colectivo «tácito»¹⁷.

La citada referencia a «los convenios a que se refiere esta Ley» no constituye ningún *unicum* en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, recordando ahora la jurisprudencia laboral —sin ningún pudor— que la presencia de los convenios colectivos «extraestatutarios» estaba «implícita en el texto del Estatuto de los Trabajadores, al referirse en el artículo 82.3, a los convenios colectivos *regulados por esta Ley* ...», expresión que supone reconocer la existencia de convenios colectivos no regulados en el Estatuto»¹⁸.

§3. En Europa continental (y muy especialmente, en Alemania), **no cabe la existencia de convenios colectivos verbales** (todo ello, además, en línea con el Derecho de la OIT), de un lado, porque las leyes reguladoras de los convenios colectivos (o de los acuerdos a ellos equiparables) imponen imperativamente la forma escrita, y de otro lado, porque resultaría inconcebible —a diferencia de lo que sucede en España— negociar colectivamente «al margen de» dichas leyes del Estado. **En Gran Bretaña, en cambio, el «convenio colectivo verbal [oral collective agreement]» es moneda corriente**, afirmando las Cortes británicas de Derecho común que «aun cuando los convenios colectivos son normalmente por escrito, esto no siempre

¹⁶ Véase A. ARUFE VARELA, «El convenio colectivo verbal. Comentario histórico, sistemático y posibilista del artículo 90.1 del Estatuto de los Trabajadores», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 142 (2009), págs. 411 y ss.

¹⁷ Al respecto, con el carácter de verdadero precedente, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 marzo 1984 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1984/1535).

¹⁸ Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 noviembre 1998 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1998/10047), fallada en casación para la unificación de doctrina.

es el caso»¹⁹. **Y lo mismo cabe afirmar de los Estados Unidos de América**, supuesto que allí se define legalmente el deber de negociar colectivamente de buena fe, desde el año 1947, como «el cumplimiento de la obligación recíproca del empresario y del representante de los trabajadores de reunirse en períodos razonables y discutir de buena fe con respecto a los salarios, la jornada y otros términos y condiciones de empleo, o la negociación de un convenio, o de cualquier cuestión suscitada por el mismo, y la ejecución de un contrato escrito que incorpore cualquier acuerdo alcanzado, si así lo exige alguna de las partes [*the execution of a written contract incorporating any agreement reached if requested by either party*]»²⁰.

En Alemania, la Ley del Convenio Colectivo de 1949²¹ afirma que «los convenios colectivos requieren de forma escrita [*Tarifverträge bedürfen der Schriftform*]»²², indicando asimismo la Ley de Organización de la Empresa de 1972²³ que «los acuerdos de empresa hay que celebrarlos por el comité de empresa y el empresario y redactarlos por escrito [*Betriebsvereinbarungen sind von Betriebsrat und Arbeitgeber gemeinsam zu beschließen und schriftlich niederzulegen*]»²⁴.

La Recomendación núm. 91 de la OIT «sobre los contratos colectivos», del año 1951 —que parece construida, también en este aspecto de la forma, sobre la Ley alemana del Convenio Colectivo, de sólo dos años antes—, indica que «a los efectos de la presente Recomendación, la expresión “contrato colectivo” comprende todo acuerdo *escrito* relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional»²⁵.

En Francia, donde también resultaría inconcebible negociar colectivamente al margen de la Ley, el Código del Trabajo de 2008 afirma —a propósito de «los convenios y acuerdos colectivos de trabajo»— que «el convenio o el acuerdo, bajo de pena de nulidad, es un acto escrito»²⁶, y también, que «los convenios y acuerdos, así como los convenios de empresa o de centro de trabajo se redactan en francés»²⁷, teniendo en cuenta que «toda cláusula redactada en lengua extranjera es inoponible al trabajador al que perjudique»²⁸.

¹⁹ Al respecto, véase A. ARUFE VARELA, «El convenio colectivo verbal. Comentario histórico, sistemático y posibilista del artículo 90.1 del Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 419.

²⁰ Este precepto de la llamada Ley Taft-Hartley de dicho año aparece actualmente recopilado en la sección 158(d) del Título 29 del Código de los Estados Unidos. Sobre el tema, véase A. ARUFE VARELA, «El convenio colectivo verbal. Comentario histórico, sistemático y posibilista del artículo 90.1 del Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 419 y nota 36.

²¹ Nuestra traducción de la misma, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 234 y ss.

²² Parágrafo 1, apartado (2).

²³ Nuestra traducción de la misma, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 179 y ss.

²⁴ Parágrafo 77, apartado (2), inciso primero.

²⁵ Cfr. su apartado II (rotulado «Definición de los contratos colectivos»), núm. 2.1).

²⁶ Artículo L. 2231-3.

²⁷ Artículo L. 2231-4, párrafo primero.

²⁸ *Ibidem*, párrafo segundo.

Lesson 17

THE SAFETY VALVE REPRESENTED BY THE «EXTRA-STATUTORY» COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS, SPECIALLY THOSE WITH ENTERPRISE SCOPE

Contents: §1. *The «extra-statutory» collective bargaining agreements and their normative efficacy, general or limited.* §2. *The oral «extra-statutory» collective bargaining agreements with an enterprise scope.* §3. *The contrast between anglosaxon legal orders and European continental legal orders, in the subject-matter of the form of the collective bargaining agreements.*

§1. On the basis that the «in the fringe of Law» collective bargaining is a phenomenon always existing in Spain, **the «extra-statutory» collective bargaining agreements are those negotiated** in the fringe of the Spanish Act specifically ruling today the collective bargaining agreements (that is, negotiated **in the fringe of Title III of the Workers' Statute**). **Sometimes**, they are collective bargaining agreements literally expelled from the scope of such Title III, because **they are entered into** —on the workers' side— **by parties without any bargaining legitimation**, being possible to refer this expulsion: (1) to sectorial «extra-statutory» collective bargaining agreements, **as in the case of the collective bargaining agreements ruling the professional sports** (male football, male basketball, female basketball, male handball, and male cycling), entered into by unions without any «representativity» in a legal sense (for example, the AFE, despite the fact that its membership percentage of first and second divisions footballers is a 100 per cent), **what does not prevent that they have a true general normative efficacy** (unless in the case of the male indoor football collective bargaining agreement, which only has limited normative efficacy); **and** (2) to «extra-statutory» enterprise collective bargaining agreements, **as in the case of microenterprise collective bargaining agreements —with evident limited normative efficacy—**, entered into enterprises (for example, with less than six workers) where it is not possible the existence of neither staff delegates nor works councils, which are, in principle, the unique bodies legitimated to negotiate enterprise collective bargaining agreements, under Title III of the Workers' Statute. **Sometimes**, on the contrary, **the own bargaining**

parties of the «extra-statutory» collective bargaining agreements are voluntarily placed in the fringe of Title III of the Workers' Statute, being possible to refer this self-exclusion: (1) to sectorial «extra-statutory» collective bargaining agreements, **as in the case**, for example, **of the negotiation by unions** with some «representativity», but **without the «full»** statutorily required **legitimation** to agree **by themselves** (that is, they do not represent the absolute majority of the staff delegates and works councils in the scope of the agreement), provoking this fact that they are collective bargaining agreements **with a limited normative efficacy**; **and** (2) to enterprise «extra-statutory» collective bargaining agreements, as in the very frequent case of the **enterprise agreements or covenants** entered into the employer and the statutory or unitarian workers' representatives (therefore, with «full» bargaining legitimation), but **without giving notice of their existence to the labor Administration** (and as a consequence, without publication of their content in any official journal), **what does not prevent their true general normative efficacy**. Although paradoxical, the extent of this phenomenon (which allows to make more flexible the Spanish system of collective labor relations, as a huge safety valve), has ended up provoking its «legalization», but discrete. About this last subject-matter, the key norm is section 151, paragraph 1, of the Labor Proceedings Act, which allows to activate the special labor proceeding of collective conflict to «the application and interpretation of a State norm, *collective bargaining agreement whichever its efficacy*, or an enterprise decision or practice».

§2. Although the labor Administration lastly trends to make easy the electronic administrative file of the «extra-statutory» collective bargaining agreements, it is true that the extent of this phenomenon gets away from any possible quantification based on official statistics. Among other reasons, it is due to the fact that **the words of section 90, paragraph 1, of the Workers' Statute** («the collective bargaining agreement *referred by this Act* must be in writing, under penalty of nullity») **make possible the existence of oral «extra-statutory» collective bargaining agreements**, supposing that these last can not be identified with «the agreements referred by this Act», the only ones which mandatorily must be in writing. **The validity and efficacy of the oral «extra-statutory» collective bargaining agreements**, spontaneously entered into by the employer and the statutory or unitarian workers' representatives in the enterprises, **have been convalidated by a constant case Law of our labor courts**,

according to which their celebration: (1) «can be previous to the one of the written collective bargaining agreement, namely if this last has a geographic and functional scope higher than the one of the oral collective bargaining agreement»; (2) «can be strictly simultaneous to the one of the written collective bargaining agreement», existing in this case «parallel [collective bargaining agreements], entered into different enterprise bargaining levels, because at the same level there is no option but to speak about that the oral one is simply a mere pre-covenant of the written one»; and 3) «can be subsequent to the written collective bargaining agreement», as in the case, for example, of the «oral agreement complementary of the written collective bargaining agreement—even with an enterprise scope—, because this last does not necessarily fit like a glove the labor relations existing in the specific enterprise ruled by it».

§3. In continental Europe (and very specially, in Germany), **is not possible the existence of oral collective bargaining agreements** (this last, too, in line with the Law of the ILO), on the one hand, because the Statutes ruling the collective bargaining agreements (or covenants equivalent to them) mandatorily require the written form, and, on the other hand, because it should not be conceivable—unlike what happens in Spain—to collectively bargain «in the fringe of» such State Statutes. **In Great Britain, on the contrary, «the oral collective agreement» is an everyday occurrence**, stating the British common Law Courts that «although the collective bargaining agreements are usually in writing, this is not always the case». **And the same thing can be stated in the United States of America**, supposing that the duty to bargain collectively in good faith is defined there, since 1947, as «the performance of the mutual obligation of the employer and the representative of the employees to meet at reasonable times and confer in good faith with respect to wages, hours, and other terms and conditions of employment, or the negotiation of an agreement, or any question arising thereunder, and *the execution of a written contract incorporating any agreement reached if requested by either party*».

LA FALTA DE CUMPLIMIENTO POR EL ESTADO DE SU DEBER
CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR EN MATERIA DE HUELGAS,
SUS CAUSAS Y ALGUNAS DE SUS CONSECUENCIAS

Sumario: §1. Las fuentes reguladoras del derecho de huelga. §2. Algunas consecuencias del incumplimiento por el Estado de su deber constitucional de legislar en materia de huelgas. §3. La renuncia por el Derecho de la Unión Europea a armonizar las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia de huelgas.

§1. El derecho de huelga se encuentra mencionado —como derecho fundamental— en el apartado 2 del artículo 28 de la Constitución, que prevé la promulgación de una «ley», evidentemente orgánica, para la regulación del mismo. El Estado nunca ha cumplido su deber constitucional de legislar en este concreto tema, aunque estuvo a punto de hacerlo en 1993¹. Por eso, continúan vigentes los artículos 1 a 11 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 marzo —a pesar de tratarse no sólo de preceptos preconstitucionales, sino también anteriores incluso a las primeras elecciones democráticas que hubo en España (15 junio 1977), tras el franquismo—, cuyas inconstitucionalidades fueron purgadas por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981, de 8 abril. Esta sentencia y otras posteriores del propio Tribunal Constitucional confirman que el modelo de derecho de huelga que tenemos en España es un modelo expansivo², en el que resultan irreprochablemente lícitas las llamadas huelgas «generales», declaradas por los sindicatos con la finalidad de protestar contra los poderes públicos, y especialmente, contra la política social y económica del Gobierno (por ello mismo, son huelgas cuyos objetivos no pueden satisfacerse por los empresarios, a pesar de ser quienes primariamente padecen tales huelgas)³. Aunque nuestro modelo sea expansivo, el ejercicio del derecho de huelga posee limitaciones.

¹ Véase M. ALONSO OLEA, «Sobre el caducado Proyecto de Ley de Huelga», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 59 (1993), págs. 337 y ss.

² Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La negociación colectiva en la Constitución», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. V (2003), págs. 47 y ss.

³ Sobre el tema, la resolución decisiva es la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 36/1993, de 8 febrero, relativa a la huelga general de 14 diciembre 1988. Desde un punto de vista doctrinal, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Apuntes sobre el proceso y la huelga como formas de lucha ritual», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 17 (1993), págs. 125 y ss.

De ellas, las más importantes son tres. En primer lugar, **la relativa a la necesidad de preavisar la realización de la huelga** (como regla, «con cinco días naturales de antelación, al menos, a su fecha de inicio»)⁴, lo que excluye la posibilidad de las huelgas «sorpresa» (impropia y popularmente denominadas, en ocasiones, huelgas «salvajes»). En segundo lugar, **la relativa a la necesidad de mantener los servicios esenciales de la comunidad** (sanidad, educación, transporte público, etc.), cumpliendo en ellos los «servicios mínimos» que imponga a los huelguistas la autoridad gubernativa (esto es, el Gobierno estatal o los de las Comunidades Autónomas)⁵. En tercer lugar, **la relativa al hecho de que el trabajador huelguista deja de percibir su salario mientras permanece en huelga**, lo que explica que la modalidad de huelga más frecuente sea hoy la de huelga «intermitente» (por ejemplo, en días alternos)⁶, puesto que permite prolongar la presión ejercida sobre el empresario y amortiguar, al mismo tiempo, el sacrificio económico que objetivamente supone para el trabajador implicarse en la huelga.

Según jurisprudencia laboral unificada, «a) la retribución a descontar por cada día de huelga comprende el salario de la jornada y determinados conceptos de “salario diferido” ...; b) Dentro de estos conceptos figuran la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias y la parte proporcional correspondiente a la retribución del descanso semanal del período en que se haya producido la huelga ...; c) El descuento salarial proporcional por huelga no repercute, en cambio, salvo que se comprendan dentro del período de huelga, en la retribución de los días festivos, que “no está conectada con un tiempo de trabajo precedente” sino con la “celebración de acontecimientos de orden religioso o civil” ...; d) en relación con las pagas extraordinarias, el empresario no está autorizado para “anticipar descuentos futuros por un pago salarial que no se ha anticipado” ...; e) las pagas de participación en beneficios deben ser asimiladas a las gratificaciones extraordinarias a los efectos de descuento retributivo ...; y f) En relación con la retribución de las vacaciones ... rige ... el criterio de la imposibilidad de descuento»⁷.

No todo paro colectivo del trabajo decidido por los trabajadores o por sus representantes legales o sindicales es siempre una huelga. Tal es el caso de los paros colectivos motivados por la falta de existencia en la empresa de medidas de prevención de riesgos laborales, en los que los trabajadores que se niegan a trabajar tienen derecho, sin embargo, a cobrar íntegramente su salario. Los precedentes judiciales españoles sobre este tema son dos

⁴ Artículo 3, apartado 3, del Real Decreto-ley 17/1977. Téngase en cuenta que este plazo se dobla, en la hipótesis de huelgas que afectan a los servicios esenciales de la comunidad, según el artículo 4 del propio Real Decreto-ley 17/1977.

⁵ Sobre el tema, el precepto decisivo sigue siendo el artículo 10, párrafo segundo, del Real Decreto-ley 17/1977, cuya constitucionalidad fue confirmada —con algún matiz interpretativo— por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981.

⁶ Sobre su licitud, por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 41/1984, de 21 marzo.

⁷ Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 marzo 2001 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2001/3178), dictada en casación para la unificación de doctrina.

Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 14 enero 1977⁸ y 28 junio 1978⁹, que hablan al respecto del «doctrinalmente denominado “ius resistentiae”, como derecho del trabajador a negar [aun colectivamente] la prestación de sus servicios»¹⁰.

En el sector privado, el equivalente de los citados «servicios mínimos» son los llamados servicios de seguridad y mantenimiento, respecto de los que el Real Decreto-ley 17/1977 afirma que «el comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa»¹¹. La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981 confirmó la constitucionalidad de este precepto, aunque declaró inconstitucional el inciso del mismo relativo a que «corresponde al empresario la designación de los trabajadores que deben efectuar dichos servicios», pues «la adopción de las medidas de seguridad no compete de manera exclusiva al empresario, sino que en ellas participa el comité de huelga, que es quien las garantiza». Por supuesto, los trabajadores así designados que se negasen a prestar tales servicios incurrían en causa justa de despido disciplinario, por desobediencia¹².

§2. Además del salvavidas que el Tribunal Constitucional le lanzó al citado Real Decreto-ley 17/1977 —verdadera norma zombi—, **la tesis sindical de la «auto-regulación» también contribuye a explicar el hecho de que el Estado venga incumpliendo su deber constitucional de legislar en materia de huelgas.** Según esta tesis (defendida por los sindicatos «más representativos», y sintetizada en la fórmula «la mejor ley de huelgas es la que no existe»), no resulta precisa ninguna regulación estatal (o «hetero-regulación») de la huelga, supuesto que los propios sindicatos se comprometen a hacer siempre un uso responsable de la misma. **Sin embargo**, desde el punto de vista de una ciudadanía no resignada aceptar la cultura (o mejor aún, la incultura) de que vale todo, es claro que **existen fenómenos huelguísticos que escapan totalmente al control de dicha «auto-regulación» sindical.** Tal es el caso de **las huelgas de jueces y magistrados** habidas en España, que han sido posibles por falta de concreción legislativa de quiénes sean o dejen de ser los titulares legítimos del derecho de huelga (agravante en estas huelgas es el dato, además, de que a dichos insólitos huelguistas nadie les suspendiese la percepción

⁸ Repertorio *Aranzadi del Tribunal Central de Trabajo* de 1977, vol. I, referencia 76.

⁹ Repertorio *Aranzadi del Tribunal Central de Trabajo* de 1978, vol. II, referencia 4547.

¹⁰ Sobre el tema y su equivalente en el Derecho alemán del Trabajo (esto es, el «derecho de retención [*Zurückbehaltungsrecht*])», véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El cierre patronal en los manuales españoles de Derecho del Trabajo del siglo XX. A propósito de su tratamiento en la primera edición del “Derecho del Trabajo” del Profesor Diéguez», en J. CABEZA PEREIRO y J. MARTÍNEZ GIRÓN (Coordinadores), *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez*, Laborum-Universidad de Vigo (Murcia, 2008), págs. 259-260.

¹¹ Artículo 6, apartado 7, inciso primero.

¹² Al respecto, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 66/1983, de 21 julio.

de sus haberes por el tiempo en que permanecieron en huelga), y que de algún modo siguen la lógica de las citadas huelgas «generales» (esto es, los poderes públicos no sólo como sujetos pasivos, sino también como sujetos activos del ejercicio del derecho de huelga). Es el caso igualmente de **nuestra simplificadora y anticuada legislación vigente en materia de piquetes** —que autoriza escuetamente los informativos («los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma»)¹³ y criminaliza, en el otro extremo, los coactivos¹⁴—, permitiendo de hecho la realidad tan frecuente e intermedia de los que cabe denominar piquetes «convencitivos», cuya actuación (orientada incluso a movilizar a comerciantes y otros empresarios, para que cierren sus negocios y empresas en solidaridad con una huelga) no puede jurídicamente imputarse a los sindicatos convocantes de la misma, dada la regla general de que «el sindicato no responderá por actos individuales de sus afiliados»¹⁵. En fin, otro caso más es el de **las huelgas convocadas por sindicatos que nada tienen que ver con los sindicatos «más representativos»**, pero que están firmemente implantados en segmentos de empleo estratégicos (conductores de metro o de autobuses urbanos, pilotos de aviones, controladores aéreos, etc.), frente a las que el Estado —a falta de remedios legales ordinarios, que renuncia a tener, al no legislar— se ha visto obligado incluso a tener que echar mano de remedios extraordinarios y totalmente desproporcionados, como los previstos en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio¹⁶.

De acuerdo con el artículo 28, apartado 2, de la Constitución, los titulares del derecho de huelga son «los trabajadores». Según la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981, esta expresión comprende los trabajadores individualmente considerados o *uti singuli* y, también, los trabajadores como colectivo, teniendo en cuenta que «son perfectamente posibles las huelgas organizadas, dirigidas y controladas por los sindicatos de trabajadores y las llamadas huelgas espontáneas ... o huelgas sin control sindical», que son las usualmente llamadas —por traducción directa del inglés— «huelgas salvajes [*wildcat strikes*]». La propia Sentencia deja indeciso el tema de si los funcionarios son o no titulares del derecho de huelga, excluyendo sólo la posibilidad de hablar de «huelga de trabajadores independientes,

¹³ Artículo 6, apartado 6, del Real Decreto-ley 17/1977.

¹⁴ Al respecto, véase artículo 315, apartado 3, del Código Penal, relativo «a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas para iniciar o continuar una huelga».

¹⁵ Véase *supra*, Tema 15, §1.

¹⁶ Sobre otra forma completamente distinta de gestionar una huelga de controladores aéreos, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «La gestión de la huelga de controladores aéreos norteamericanos, de 3 de agosto de 1981, por la Administración REAGAN. Un estudio de la casuística-tipo penal, civil, mercantil y laboral a que dio lugar», *Actualidad Laboral*, núm. 2 (2011), págs. 140 y ss.

de autopatronos o de profesionales, que, aunque en un sentido amplio sean trabajadores, no son trabajadores por cuenta ajena ligados por un contrato de trabajo retribuido».

Tirando por la calle de en medio, la Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, procede a reconstruir —a pesar de tratarse de una mera Ley ordinaria— el régimen jurídico de los que califica como «derechos individuales ejercidos colectivamente» de funcionarios y no funcionarios. Al respecto, afirma: 1) que entre tales derechos se incluye el «ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad»¹⁷; 2) que «quienes ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga carácter de sanción, ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales»¹⁸; y 3) que es falta muy grave «el incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga»¹⁹. Siempre respecto de los empleados públicos, tiene el carácter de auténtico disparate jurídico la afirmación efectuada por esta misma Ley, en el sentido de que la «libertad sindical» es un «derecho individual ejercido colectivamente»²⁰.

A diferencia de los huelguistas —que pueden intensificar la presión ejercida por la huelga (también, mediante la recaudación de fondos de resistencia)—, el empresario no puede desactivar dicha presión utilizando «esquirolaje». La prohibición del esquirolaje externo aparece contenida en el Real Decreto-ley 17/1977, según el cual «en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma»²¹. En cambio, la prohibición del esquirolaje interno fue establecida por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 123/1992, de 28 septiembre, según la cual —sobre la base de que el Real Decreto-ley 17/1977 «repudia la figura del “esquirol”, expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista»— igualmente «no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional [de la propia empresa] que no la habían secundado»²².

§3. Nuestro modelo expansivo de derecho de huelga está en línea con los modelos vigentes en Francia, Italia y Portugal, donde el derecho de huelga («*droit de grève*» «*diritto di sciopero*», «*direito de greve*»)

¹⁷ Artículo 15, letra c).

¹⁸ Artículo 30, apartado 2.

¹⁹ Artículo 95, apartado 2, letra m).

²⁰ Artículo 15, letra a). Sobre las facetas individual y colectiva de la libertad sindical, véase *supra*, Tema 15, §1.

²¹ Artículo 6, apartado 5. En sentido análogo, la Ley 14/1994, de empresas de trabajo temporal, establece que «las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición ... para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria» [artículo 8, letra a)].

²² La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social no se acomoda a esta doctrina constitucional, pues sólo reputa infracción administrativa «muy grave» del empresario el esquirolaje externo, refiriendo dicha infracción a «los actos del empresario lesivos del derecho de huelga consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento» (artículo 8, apartado 10). Estos casos, según el artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, se refieren al «incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número 7 de este artículo», sobre garantía por el comité de huelga de los servicios de seguridad y mantenimiento de la empresa. Como regla general, en cambio, en Italia se admite el «esquirolaje interno [*crumiraggio interno*]» (al respecto, véase G. DIÉGUEZ, «“Esquirolaje” interno y otras cuestiones (Comentario a la Sentencia de la *Cassazione italiana* n. 20164, de 26 septiembre 2007)», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. I [2009], págs. 43 y ss.).

aparece también proclamado como derecho fundamental en sus respectivas Constituciones²³. **En el extremo opuesto se sitúa el modelo alemán**, de régimen exclusivamente jurisprudencial²⁴, caracterizado en lo esencial por tres notas: 1) sólo son titulares del derecho de huelga (*Streiksrecht*) los sindicatos de trabajadores, pero no estos últimos, ni sus representantes unitarios ni tampoco los funcionarios; 2) sólo cabe declarar huelgas como «*ultima ratio*» para reforzar la posición negociadora de los sindicatos de trabajadores, frente al empresario o las asociaciones de empresarios, con ocasión de la renegociación (o negociación «*ex novo*») de un convenio colectivo; y 3) el empresario o las asociaciones de empresarios —en conexión siempre con la negociación colectiva— disponen de su propia medida de lucha laboral opuesta a la huelga, que es el «cierre patronal [*Aussperrung*]»²⁵. **Estos divergentes modelos nacionales, entre los que tampoco encaja el peculiar modelo inglés de «libertad de huelga [*freedom to strike*]»²⁶, explican que el Derecho originario de la Unión Europea excluya toda posibilidad de armonización de las legislaciones y prácticas nacionales en materia de huelga²⁷.**

En congruencia con esta exclusión, las «explicaciones» relativas al artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es el precepto que proclama el derecho de «acción colectiva»²⁸, afirman que «las modalidades y límites en el ejercicio de acciones colectivas, incluida la huelga, entran dentro del ámbito de las legislaciones y prácticas nacionales, incluida la cuestión de si pueden llevarse a cabo de forma paralela en varios Estados miembros»²⁹.

²³ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 153 y ss.

²⁴ Al respecto, véase U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 91 y ss., y 123 y ss.

²⁵ Sobre el cierre patronal en nuestro Derecho, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El derecho de cierre patronal y la libertad de empresa», en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Director), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos (Madrid, 2005), págs. 425 y ss.

²⁶ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs. 155 y ss.

²⁷ Véase artículo 153, apartado 5, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²⁸ Según este precepto (rotulado «Derecho de negociación y de acción colectiva»), «los trabajadores y los empresarios o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga».

²⁹ En las «explicaciones» en cuestión, se indica asimismo que «este artículo se basa en el artículo 6 de la Carta Social Europea, así como en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (puntos 12 a 14)», y que «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció el derecho a la acción colectiva como uno de los elementos del derecho de sindicación establecido en el artículo 11 del CEDH».

La renuncia a poseer una regulación propia comunitaria del derecho de huelga, a pesar de todo el escándalo doctrinal suscitado, propicia que el Tribunal de Luxemburgo haya considerado que el derecho de huelga se encuentra subordinado al ejercicio de otras libertades comunitarias de carácter estructural, como la libertad de establecimiento (caso *Viking*)³⁰ o la libertad de prestación de servicios (caso *Laval*)³¹.

El modelo norteamericano es un verdadero modelo de «derecho de huelga [*right to strike*]»³². Se encuentra regulado —aunque mínimamente— en la Ley de Relaciones Laborales Nacionales (*National Labor Relations Act*) o Ley Wagner de 1935³³. Resulta inasimilable, sin embargo, a los modelos continentales europeos —incluido el alemán, que es el modelo con el que guarda un parecido más claro (por ejemplo, en materia de permisividad del *lock-out* o de prohibición de la huelga a los empleados públicos)—, dado que desde 1938 el empresario goza frente a la huelga lícita del derecho de reemplazar, permanentemente incluso, a los huelguistas por otros trabajadores («esquiroles», por tanto, en sentido estricto)³⁴.

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 diciembre 2007 (asunto C-438/05).

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 diciembre 2007 (asunto C-341-05).

³² Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La huelga laboral: experiencias inglesa y norteamericana», *Actualidad Laboral*, núm. 39 (1992), págs. 693-694.

³³ Su sección 13 (recopilada en la sección 163 del Título 29 del Código de los Estados Unidos) afirma que «nada contenido en esta Ley, excepto si se prevé específicamente, se interpretará ya para interferir o disminuir o impedir en cualquier modo el derecho de huelga, o para afectar a las limitaciones o cualificaciones de ese derecho».

³⁴ El precedente judicial fue el caso *NLRB v. Mackay Radio and Telegraph Co.*, fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en dicho año (referencia 304 US 333).

Lesson 18

THE VIOLATION BY THE STATE OF ITS CONSTITUTIONAL DUTY TO LEGISLATE ABOUT STRIKES, ITS REASONS, AND SOME OF ITS CONSEQUENCES

Contents: §1. *The sources ruling the right to strike.* §2. *Some consequences deriving from the violation by the State of its constitutional duty to legislate about strikes.* §3. *The waiver by the European Union Law to harmonize the member States national legislations about strikes.*

§1. The right to strike is mentioned —as a fundamental right— in **paragraph 2 of article 28 of the Constitution**, which provides for the enactment of an «act», evidently an organic one, to rule it. The State has never fulfilled its constitutional duty to legislate on this specific subject-matter, although it was about to do it in 1993. Therefore, **sections 1 to 11 of the Royal Decree-act No. 17/1977, of March 4th, are still in force —despite the fact that they are not only preconstitutional norms, but also even previous to the first democratic elections we had in Spain (June 15th, 1977), after the francoism—, the unconstitutionality of which were purged by the Constitutional Court Decision No. 11/1981, of April 8th. This Decision, and other subsequent ones of the own Constitutional Court, confirm that the right to strike model we have in Spain is an expansive model**, in which the so-called «general» strikes, called by the unions with the purpose of protesting against the public powers, and namely, against the social and economic governmental policy (that is why they are strikes with purposes which can not be satisfied by the employers, despite the fact they are those who primarily suffer such strikes), are without doubt lawful. **Although our model is expansive, the practice of the right to strike has limitations.** Among these, the most important ones are three. Firstly, **the one relating to the need of noticing the practice of the strike** (as a general rule, «with at least a five calendar days notice, before its beginning»), what excludes the possibility of the «surprise» strikes (popularly and improperly called, sometimes, «wildcat» strikes). Secondly, **the one relating to the need of maintaining the essential services for the community** (health, education, public transportation, and so on), fulfilling in them the «minimum services» imposed to the strikers

by the governmental authority (that is, the State Government or the ones of the Autonomous Communities). Thirdly, **the one relating to the fact that the striker does not earn his salary while striking**, what explains that the most frequent modality of strike is nowadays the one of the «intermittent» strike (for example, in alternate days), because it allows to extend the pressure exerted on the employer, and to cushion, at the same time, the economic sacrifice that going on strike objectively supposes for the worker.

§2. Apart from the lifevest thrown by the Constitutional Court to the above cited Royal Decree-act No. 17/1977 —a true zombi norm—, **the union thesis about «self-regulation» also contributes to explain the fact that the State is still violating its constitutional duty to legislate about strikes**. According to this thesis (soustained by the «most representative» unions, and summarized in the formula «the best strike law is the non existing one»), it is not necessary any State ruling (or hetero-regulation) of the strike, supposing that the own unions are undertaken to do always a responsible practice of the same. **However**, from the viewpoint of a citizenship non-resigned to accept the everything-is-ok culture (or even besser, inculture), it is clear that **there are striking phenomena getting fully away from the control of such union «self-regulation»**. This is the case of **the strikes of justices** we had in Spain, which are possible because of the lack of statutory specification about who are or who are not the people entitled to strike (an aggravating circumstance in these strikes is the fact that, too, such unusual strikers keep on earning their salaries while they went on strike), and which are seemed to the «general» strikes in someway (that is, the public power not only as a passive body, but also as an active body in the practice of the right to strike). This is also the case of **our antiquarian and simplifying legislation in force about picketing** —summarily authorizing the infomative one («the workers on strike shall be able to carry out publicity of the same») and criminalizing, on the extreme side, the coercive one—, allowing in fact the intermediate and so frequent reality of the so-called «convincitive» picketing, the practice of which (even aimed at mobilizing retailers and other employers, so that they shut-down their businesses and enterprises in solidarity with the strike) can not be legally charged to the unions calling it, because of the general rule that «the union shall not be responsible for individual acts of their members». Finally, another more case

is that **the strikes called by unions having nothing to do with the «most representatives» unions**, but with a strong membership in strategic crafts (metro or urban buses drivers, aircraft pilots, air controllers, and so on), in front of which the State—without legal reliefs, to which it has withdrawn, in non legislating— must use extraordinary and totally disproportional reliefs, as those provided for by the Organic Act No. 4/1981, of June 1st, ruling the martial Law.

§3. Our expansive right to strike model is in line with the models in force in France, Italy, and Portugal, where the right to strike («*droit de grève*» «*diritto di sciopero*», «*direito de greve*») is also ruled as a fundamental right in their corresponding Constitutions. **The German model**, exclusively built by the case Law, **is placed diametrically opposite**, and characterized, in its essentials, by three marks: (1) the workers' unions are the unique bodies entitled to strike (*Streiksrecht*), but neither the workers nor their unitarian representatives nor the civil servants; (2) the calling of the strike is a true «*ultima ratio*» to strength the bargaining position of the workers' unions against the employer or the employers' associations, on the occasion of the renegotiation (or «*ex novo*» negotiation) of a collective bargaining agreement; and (3) the employer or the employers' associations—always in connection to collective bargaining— have their own labor fighting measure opposite to strike, which is the «lockout [*Aussperrung*]». **These contradictory national models, among which the peculiar British «freedom to strike» model does not fall, explain that the constitutional Law of the European Union excludes any possibility of harmonization of the national legislations and practices about strikes.**

PARTE TERCERA

**DERECHO PROCEDIMENTAL Y
PROCESAL LABORAL**

THIRD PART

***LABOR ADMINISTRATIVE AND
JUDICIARY LAW***

EL SISTEMA ESPAÑOL, PARCIALMENTE DISGREGADO,
DE INSPECCIÓN DE TRABAJO

Sumario: §1. Las fuentes reguladoras y su caracterización de nuestra Inspección de Trabajo como un sistema de inspección funcionarial, integral, jurídico, mixto y parcialmente disgregado. §2. La Agencia Catalana de Inspección de Trabajo. §3. Dos modelos (alemán y norteamericano) de referencia, por operar en Estados federales, de estructuración de la Inspección de Trabajo.

§1. La Inspección de Trabajo —que celebró en España, en 2006, su primer centenario¹— es la policía de la «autoridad laboral» (esto es, de la Administración pública estatal o autonómica, competente en materia laboral), encargada de perseguir las infracciones administrativas laborales que cometa el empresario. Sus principales fuentes reguladoras son tres: 1) la Ley 42/1997, de 14 noviembre, reguladora de la Inspección de Trabajo desde un punto de vista orgánico²; 2) el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, aprobando el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, donde aparecen tipificadas todas las infracciones administrativas susceptibles de ser perseguidas por la Inspección de Trabajo; y 3) el Real Decreto 928/1998, de 14 mayo, regulador de los procedimientos administrativos especiales con arreglo a los cuales actúa la Inspección de Trabajo. De acuerdo con estas fuentes, **los rasgos caracterizadores de nuestro sistema de Inspección de Trabajo son cinco**. En primer lugar, **su naturaleza funcionarial**, pues las actividades inspectoras se encomiendan precisamente a funcionarios públicos —como manda el Convenio núm. 81 de la OIT³—, de diversos rangos, de los cuales el más importante es el Inspector de Trabajo (funcionario público de la Administración General del Estado). En segundo lugar —desde un punto de vista competencial—, **su naturaleza de Inspección integral**, pues se trata de una verdadera Inspección de Trabajo y, también, «de Seguridad Social», dado que la labor de policía de estos funcionarios se extiende a

¹ Véase A. ARUFE VARELA, *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2007), págs. 129 y ss.

² La desarrolla el Real Decreto 138/2000, de 4 febrero.

³ Cfr. su artículo 6.

vigilar el cumplimiento no sólo del conjunto de normas que conforman el Derecho del Trabajo, sino también el conjunto de normas que integran el Derecho de la Seguridad Social⁴. En tercer lugar y como consecuencia de esto último, **su naturaleza de servicio jurídico**, supuesto que el perfil formativo de nuestros Inspectores de Trabajo es netamente jurídico, lo que explica que lleven ventaja para superar las correspondientes oposiciones de ingreso (frente a los ingenieros y otros titulados universitarios, dotados de un perfil politécnico) quienes se hallen en posesión de la Licenciatura o el Grado en Derecho⁵. En cuarto lugar, **su naturaleza funcionalmente mixta**, pues los Inspectores de Trabajo son a la vez Inspectores de despacho (obligados a redactar diversos tipos de «actas», como las de infracción o las de liquidación de cuotas de seguridad social) e Inspectores de campo (obligados, también, a realizar «visitas» a las empresas y centros de trabajo), aunque de la actividad de campo pueden descargarse en funcionarios inspectores de menor rango, como los Subinspectores (asimismo funcionarios del Estado) o los «Técnicos Habilitados» (que son, en cambio, funcionarios autonómicos)⁶. En quinto lugar, **su naturaleza parcialmente disgregada, desde un punto de vista territorial**. Esta última nota, como veremos a continuación, se ha hecho evidente en 2010⁷.

Como es lógico, las «visitas» no se preavisan, habiendo tenido que declarar ilegal una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 10 febrero 2003⁸, a instancia de la «organización sindical Unión Progresista de Inspectores de Trabajo», el precepto reglamentario relativo a que «las actuaciones inspectoras en centros o dependencias de la Administración pública se preavisarán a quien se encuentre al frente del centro a inspeccionar».

La Inspección de Trabajo actúa, bien de propia iniciativa, bien por denuncia, teniendo en cuenta que «no se tramitarán las denuncias anónimas, las que se refieran a materias cuya vigilancia no corresponde a esta Inspección, las que manifiestamente carezcan de fundamento o resulten ininteligibles, ni las que coincidan con asuntos de que conozca un órgano jurisdiccional»⁹.

Nuestra Inspección de Trabajo levanta cinco tipos principales de actas, a saber: 1) «actas de advertencia y recomendación», teniendo en cuenta que este tipo de acta «se comunicará por escrito o mediante diligencia en el Libro de Visitas, señalando las

⁴ El elenco de las normas en cuestión aparece descrito en el artículo 3, apartado 1, de la Ley 42/1997.

⁵ Al respecto, véase A. ARUFE VARELA, *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, cit., págs. 139 y ss.

⁶ *Ibidem*, págs. 138-139.

⁷ La jurisprudencia constitucional que la sustenta aparece contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 195/1996, de 28 noviembre.

⁸ *Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2003/2262.

⁹ Cfr. artículo 9, apartado 1, letra f), del Reglamento aprobado por Real Decreto 928/1998.

irregularidades o deficiencias apreciadas con indicación del plazo para su subsanación bajo el correspondiente apercibimiento»¹⁰; 2) actas ordinarias de infracción, en las que la Inspección hace constar «la infracción o infracciones presuntamente cometidas, con expresión del precepto o preceptos [de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social] vulnerados, y su calificación»¹¹; 3) actas de infracción por obstrucción, levantadas para reprimir «las acciones u omisiones que perturben, retrasen o impidan el ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos tienen encomendadas los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social»¹²; 4) actas de infracción con estimación de perjuicios económicos, teniendo en cuenta que «cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social que levante el acta considere que de la presunta infracción se derivan perjuicios económicos para los trabajadores afectados, y a los efectos de lo previsto en el artículo 146.a) del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, podrá incluirlos en el acta consignándolos, en tal caso, con los requisitos legales para la validez de las demandas»¹³; y 5) las «actas de liquidación de cuotas» de seguridad social, a extenderse si existen deudas frente a la Tesorería General de la Seguridad Social, entre otros supuestos, por «falta de afiliación o de alta de trabajadores» o por «diferencias de cotización por trabajadores dados de alta, cuando dichas diferencias no resulten directamente de los documentos de cotización presentados»¹⁴.

§2. En efecto, en 1 marzo 2010 se consumó el **traspaso** de funciones y servicios, en materia de Inspección de Trabajo, desde el Estado a la **Generalidad de Cataluña**¹⁵. Las resultas más relevantes de este traspaso han sido las **tres consecuencias** siguientes: 1) la **creación** por Ley autonómica, promulgada poco tiempo después, de la denominada «**Agencia Catalana de Inspección de Trabajo**»¹⁶; 2) la **adscripción a esta Agencia autonómica de Inspectores y Subinspectores del Estado**, pero que **sólo** resultan **competentes para realizar** funciones de policía laboral en sentido estricto —en consecuencia, **funciones inspectoras de carácter no integral**—, pues las funciones de policía de seguridad social siguen teniendo que ser desarrolladas en el territorio de Cataluña por Inspectores y Subinspectores no traspasados del Estado¹⁷; y 3) la **creación de un nuevo órgano burocrático** —dotado de personalidad jurídica propia, e

¹⁰ Cfr. artículo 11, apartado 5, del Reglamento aprobado por Real Decreto 928/1998.

¹¹ Cfr. artículo 14, apartado 1, letra c), del Reglamento aprobado por Real Decreto 928/1998.

¹² Cfr. artículo 50, apartado 2, de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

¹³ Cfr. artículo 14, apartado 3, del Reglamento aprobado por Real Decreto 928/1998.

¹⁴ Cfr. artículo 31, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social. Distintas de estas actas son las reglamentariamente denominadas «propuestas de liquidación», a realizarse «cuando la Inspección compruebe la falta total de cotización respecto de trabajadores dados de alta, y no se hubieran presentado los documentos de cotización en plazo reglamentario, así como por trabajadores en alta no figurados en tales documentos aunque éstos se presenten dentro de dicho plazo» (artículo 30, apartado 1, del Reglamento aprobado por Real Decreto 928/1998).

¹⁵ Cfr. Real Decreto 206/2010, de 26 febrero.

¹⁶ Se trata de la Ley autonómica 11/2010, de 2 marzo.

¹⁷ Confirmándolo, véase Real Decreto 772/2011, de 3 junio.

inexistente en el resto del Estado—, **con la finalidad de impedir la descoordinación** a que podían verse abocadas las actividades inspectoras en el territorio de esta concreta Comunidad Autónoma, denominado «Consortio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cataluña», compuesto a partes iguales por la Administración del Estado y la Administración autonómica catalana¹⁸. La Generalidad de Cataluña carece, sin embargo, de competencia para convocar oposiciones de Inspectores y Subinspectores, aparte el hecho paradójico de que estos últimos —aun dependiendo orgánica y funcionalmente de la citada Agencia catalana— mantengan su condición de funcionarios públicos estatales, al haber impuesto el Estado en el traspaso «los principios de ingreso único y de convocatoria única en ambos cuerpos, y de movilidad entre Administraciones».

Sobre la base —según el Convenio núm. 81 de la OIT— de que «la inspección de trabajo deberá estar bajo la vigilancia y control de una autoridad central»¹⁹, la Ley 42/1997 afirma que «el sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social dependerá orgánicamente de dicha Autoridad Central» —encarnada, en la actualidad, en el Director General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social—, mientras que «los funcionarios de dicho Sistema de Inspección, en el desarrollo de su actividad, dependerán funcionalmente ... de la Administración General del Estado o de la Autonomía correspondiente, en función de la materia en que actúen»²⁰.

Por su parte, la citada Ley catalana confirma que «los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social que dependen orgánica y funcionalmente de la Generalidad tienen garantizados los principios de unidad de ingreso, movilidad entre Administraciones y unidad de función y de actuación inspectora en todas las materias del orden social reguladas por la normativa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y recogidos por los acuerdos de transferencia»²¹.

En línea con instituciones similares existentes en otros países de nuestro entorno²², y con competencias relacionadas con las oposiciones y la formación continua de los funcionarios del sistema de inspección, el Real Decreto 1223/2009, de 17 julio, procedió a crear la Escuela de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

§3. En los dos Estados federales que consideramos de referencia (esto es, Alemania y los Estados Unidos)²³, sus respectivos sistemas de

¹⁸ Véase Acuerdo GOV/76/2010, de 27 abril, localizable en el sitio en Internet de la Inspección Catalana de Trabajo, al que remite el sitio en Internet de la Inspección española de Trabajo y Seguridad Social, ubicado en www.mtin.es/itss.

¹⁹ Cfr. su artículo 4.

²⁰ Cfr. artículo 18, apartado 2.

²¹ Artículo 16, apartado 4.

²² Respecto de Francia y Portugal, véase A. ARUFE VARELA, *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, cit., págs 72-73 y 84-85.

²³ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «Federalismo y distribución de competencias normativas en materia de Prevención de Riesgos Laborales: los modelos Norteamericano, Alemán y Español», *Aranzadi Social*, núm. 21 (2010), págs. 65 y ss.

Inspección de Trabajo nada tienen que ver con el sistema parcialmente disgregado de Inspección de Trabajo que tenemos en nuestra España autonómica. En efecto, **en cuanto a Alemania**, porque no existe allí ninguna Inspección federal de Trabajo, sino que **existen dieciséis Inspecciones de Trabajo distintas**, una por cada uno de los dieciséis Estados federados alemanes, servidas por funcionarios (denominados «funcionarios de la Inspección industrial [*Gewerbeaufsichtsbeamten*]») de tales Estados federados, y que poseen —a diferencia de lo que sucede en España— un claro perfil formativo politécnico, explicable por el carácter no integral de dichas dieciséis Inspecciones estatales (son Inspecciones de Trabajo, pero no Inspecciones de Seguridad Social)²⁴. Y **en cuanto a los Estados Unidos**, porque aunque **existe allí una verdadera Inspección federal de Trabajo** (servida por los denominados «funcionarios de cumplimiento de seguridad y salud laboral [*Compliance Safety and Health Officers*]») y, popularmente, «CO's», asimismo dotados de un claro perfil politécnico y que hacen honor a su nombre, puesto que sólo se ocupan de controlar el cumplimiento de la legislación de prevención de riesgos laborales), se trata de una Inspección **claudicante o en retirada**, en el sentido de que a medida que los diversos Estados federados van asumiendo sus propias competencias inspectoras (cosa que ha ocurrido aproximadamente en la mitad de ellos), deja entonces de actuar en sus respectivos territorios dicha Inspección federal dependiente del Ministerio norteamericano de Trabajo²⁵.

Aunque en el seno de la Unión Europea no existe ninguna Inspección comunitaria de Trabajo, una Decisión de la Comisión de 12 julio 1995 procedió a crear un «Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo», con el propósito principal de «favorecer la aplicación efectiva y equivalente del Derecho comunitario en materia de seguridad y salud en el trabajo, gracias fundamentalmente a una cooperación más estrecha entre los sistemas nacionales de inspección de trabajo»²⁶.

En los Estados Unidos, la norma federal clave sobre el tema es la Ley de Seguridad y Salud Laboral (*Occupational Safety and Health Act*) de 1970, pudiendo consultarse su versión consolidada y sus múltiples reglamentos de desarrollo en el utilísimo sitio en Internet de la Agencia federal encargada de administrar dicha Ley, ubicado en www.osha.gov.

En Alemania, el precepto clave sobre el tema es el párrafo 139b de la venerable Ordenanza Industrial (*Gewerbeordnung*) de 21 junio 1869.

²⁴ Respecto de todo ello, véase A. ARUFE VARELA, *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, cit., págs. 27 y ss.

²⁵ Respecto de todo ello, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 76 y ss.

²⁶ Artículo 2, apartado 3.

Lesson 19

*THE SPANISH SYSTEM, PARTIALLY DISPERSED,
OF LABOR INSPECTION*

Contents: §1. *The ruling sources and their implementation of our Labor Inspection as a civil service, integral, legal, mixed, and partially dispersed Inspection system.* §2. *The Catalanian Agency of Labor Inspection.* §3. *Two reference models (German and USA ones) of Labor Inspection formalization, because they enforce the Law in federal States.*

§1. The Labor Inspection —which celebrated in Spain, in 2006, its first centennial birth— **is the police of the «labor authority»** (that is, of the State or Autonomous Community public Administrations, competent in the subject-matter of labor), **charged with prosecuting the labor administrative offences committed by the employer.** Its main ruling sources are three: (1) the Act No. 42/1997, of November 14th, ruling the Labor Inspection from an organic viewpoint; (2) the Royal Legislative Decree 5/2000, of August 4th, passing the combined text of the Act about Offences and Penalties in the Social Order, where all the administrative offences chargeable by the Labor Inspection are described; and (3) the Royal Decree 928/1998, of May 14th, ruling the special administrative proceedings used by the Labor Inspection to enforce the Law. According to these sources, **the remarks of our system of Labor Inspection are five.** Firstly, **its civil service nature**, because the inspection activities are just trusted to civil servants —as it is mandatory according the ILO Covenant No. 81—, with several ranks, the most important of which is the one of Labor Inspector (civil servant of the State General Administration). Secondly —from a jurisdictional viewpoint—, **its nature as integral Inspection**, because it is a true Labor Inspection, and too, a «Social Security» Inspection, since its police task covers the enforcement not only of the set of norms conforming Labor Law, but also the set of norms making up Social Security Law. Thirdly, as a consequence of this last, **its nature as a legal service**, supposing that the training profil of our Labor Inspectors is clearly legal, what explains the advantage of those who held university Law degrees (in front of engineers, and other university graduates, with a politechnic profil) to pass the corresponding access

examinations. Fourthly, **its functionally mixed nature**, because the Labor Inspectors are at the same time office Inspectors (with the duty to fill several kinds of «forms», as those relating to offences, or to liquidation of social security contributions), and field Inspectors (with the duty to perform «visits» to the enterprises and factories), although this field activity can be trusted to low rank civil servants inspectors, as the Deputy Inspectors (likewise State civil servants), or the «Habilitated Technicians» (conversely Autonomous Community civil servants). Fifthly, **its partially dispersed nature, from a geographic viewpoint**. This last remark, as we will immediately see, has become evident in 2010.

§2. Indeed, in March 1st, 2010, was completed the **transfer** of functions and services, in the subject-matter of Labor Inspection, from the State **to the Catalanian Government**. The most relevant outcomes of this transfer have been the **three** following **consequences**: (1) the **creation** by an Autonomous Community Act, shortly after enacted, **of the** so-called «**Catalonian Agency of Labor Inspection**»; (2) the **assignment to this** Autonomic **Agency of State Inspectors and Deputy Inspectors**, but **only competent to perform** functions of labor police in a narrow sense—as a consequence, **inspection functions lacking of an integral nature**—, because the social security police functions must be still developed in the territory of Catalonia by non transferred State Inspectors and Deputy Inspectors; and (3) the **creation of a new bureaucratic body**—with own legal personality, which does not exist in the rest of the State—, **aimed at preventing the possible lack of coordination** of the inspection functions in the territory of this specific Autonomous Community, called «*Consortio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cataluña*», consisting of the State Administration and the Catalanian Administration in position of parity. However, the Catalanian Government has no jurisdiction to call Inspectors and Deputy Inspectors examinations, apart from the paradoxical fact that these last—although depending of the above cited Agency, from the organic and functional viewpoints— maintain their condition of State civil servants, because the State imposed in the transfer «the principles of unique access and unique calling in both ranks, and the one of mobility between Administrations».

§3. In the two federal States we consider as reference ones (that is, Germany and the United States), their corresponding Labor Inspection systems have nothing to do with the partially dispersed Labor Inspection

system we have in our autonomic Spain. Indeed, **regarding to Gemany**, because there not exists any federal Labor Inspection, but **sixteen different Labor Inspections**, one in each German State, served by civil servants (called «industrial Inspection civil servants [*Gewerbeaufsichtsbeamten*])» of such States, and having —unlike the situation in Spain— a clear politechnic training profil, explainable by the non integral nature of such sixteen State Inspections (they are Labor Inspections, but not Social Security Inspections). And **regarding to the United States**, because even **existing there a true federal Labor Inspection** (served by the so-called «Compliance Safety and Health Officers», and popularly, «CO's», likewise with a clear politechnic profil, and wich honors their name, because they only enforce the occupational safety and health legislation), it is a **provisional or in retreat** Inspection, in the sense that if the States assume their own inspection jurisdiction (what has happened in early a half of them), then such federal Inspection depending on the US Department of Labor beats a retreat in their corresponding territories.

Tema 20

**LOS TRIBUNALES LABORALES Y LOS RECELOS
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE ELLOS, EN CUANTO
QUE POSIBLE DEMANDADA**

Sumario: §1. Las fuentes reguladoras de los tribunales laborales, y la delimitación de sus competencias material, funcional y territorial. §2. La sustracción cuestionable de determinados asuntos a la competencia material de los tribunales laborales, en favor de los tribunales contencioso-administrativos. §3. Los contenciosos laboral y de seguridad social en Alemania y Francia.

§1. Los tribunales laborales —al igual que todos los tribunales del Estado— se encuentran regulados en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, que denomina a la jurisdicción laboral «orden social de la jurisdicción»; y además, en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril, que aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Según estas fuentes, **los tribunales laborales** son órganos jurisdiccionales servidos, bien por un solo Juez (titular del correspondiente Juzgado de lo Social), bien por una pluralidad de Magistrados (agrupados en una Sala de lo Social, existiendo este concreto tipo de Salas en la Audiencia Nacional, en los Tribunales Superiores de Justicia¹ y en el Tribunal Supremo). Desde el punto de vista de la competencia material, los tribunales laborales **conocen** —en lo esencial— **de los pleitos en materia de Derecho individual de Trabajo** (esto es, «entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo»)², **de los pleitos en materia de Derecho colectivo del Trabajo** (esto es, aquellos en que litigan las partes actuales o potenciales de un convenio colectivo)³ y **de los pleitos «en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo»**⁴. Desde el punto de vista de

¹ En principio, una en cada Tribunal Superior de Justicia, salvo en los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía (que tiene tres Salas de lo Social, radicadas en Sevilla, Granada y Málaga), de Castilla y León (que tiene dos Salas de lo Social, radicadas en Valladolid y Burgos) y de Canarias (que también tiene dos Salas de lo Social, radicadas en Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife). Para la explicación del tema, véase la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

² Cfr. artículo 2, letra a) de la Ley de Procedimiento Laboral. Además, las letras c), ñ) y o) del propio precepto.

³ Cfr. las letras g), h), i) y k) —relativas a cuestiones sindicales—, l) —relativa a la solución de conflictos colectivos— y m) —relativa a la impugnación de convenios colectivos—, todas del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁴ Artículo 2, letra b) de la Ley de Procedimiento Laboral. Cfr., además, la letra d) del propio precepto.

la competencia funcional, los tribunales laborales **se ajustan en su actuación al principio de instancia única y triple grado de jurisdicción**, resultando ser la secuencia más frecuente y más probable de un asunto litigioso la siguiente: 1) se planteará ante un Juzgado de lo Social, pues la regla general es que «los Juzgados de lo Social conocerán de *todos* los procesos atribuidos al orden jurisdiccional social»⁵; 2) dada la inexistencia en lo laboral del recurso ordinario de apelación (por eso mismo, se habla aquí de instancia única y no de doble instancia), a continuación cabría interponer recurso extraordinario —en consecuencia, sólo por motivos legalmente tasados⁶— ante la Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia, que actuará al resolver este recurso (denominado «recurso de suplicación») como tribunal laboral de segundo grado⁷; y 3) a continuación, sólo cabrá interponer nuevo recurso extraordinario (denominado «recurso de casación para la unificación de doctrina») ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que conoce del mismo como tribunal laboral de tercer grado⁸. **Desde el punto de vista de la competencia territorial** —y para despejar la cuestión de a qué concreto Juzgado de lo Social resulta preciso acudir—, **hay dos reglas** legales clave, **pensadas para proteger a la parte presuntivamente más débil**: 1) en asuntos laborales, «será Juzgado competente el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado, *a elección del demandante*»⁹, presuponiendo que este último suele ser normalmente un trabajador (en consecuencia, la parte débil de la relación laboral, a quien debe otorgarse la posibilidad de elegir dónde poder demandar); y 2) en asuntos de seguridad social, será territorialmente competente el Juzgado de lo Social «en cuya circunscripción se haya producido la resolución, expresa o presunta, impugnada en el proceso, o el del domicilio del demandante, *a elección de éste*»¹⁰, presuponiendo ahora que el demandante suele ser en este otro tipo de pleitos un beneficiario de

⁵ Artículo 6 de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁶ Acerca de la excepción que confirma la regla del carácter extraordinario de los principales recursos en lo laboral, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La prueba en los recursos laborales (Interpretación y alcance del artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral)», en el volumen *Estudios Jurídicos. Cuerpo de secretarios judiciales, II. Medidas cautelares sobre personas y bienes en el proceso penal. La prueba en el proceso laboral*, Ministerio de Justicia (Madrid, 1998), págs. 547 y ss.

⁷ El recurso en cuestión, que es el más importante de los recursos laborales extraordinarios —por ser el más frecuente—, aparece regulado en los artículos 188 a 202 de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁸ El recurso en cuestión aparece regulado en los artículos 216 a 226 de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁹ Artículo 10, apartado 1, párrafo primero, de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁰ Artículo 10, apartado 2, letra a), de la Ley de Procedimiento Laboral.

prestaciones de seguridad social (de nuevo la parte débil, pero ahora de la relación de seguridad social).

Aparte las reglas relativas a las competencias material, funcional y territorial, la Ley de Procedimiento Laboral también contiene reglas referentes a la competencia objetiva, para distribuir entre los tribunales laborales los asuntos de Derecho colectivo del Trabajo, asignándoseles —en primera instancia, y en detrimento de la competencia general de los Juzgados de lo Social— a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia («cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma»)¹¹ o a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional («cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma»)¹².

En estos casos —más bien infrecuentes—, las resoluciones de tales Salas de lo Social pueden ser recurridas (vía recurso de casación ordinaria) ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que actúa entonces como tribunal laboral de segundo grado¹³.

Los Juzgados de lo Mercantil no forman parte de la jurisdicción laboral, aunque —en la hipótesis de un empresario «concurtido»— pueden llegar a conocer de determinados asuntos de competencia de los tribunales laborales¹⁴.

§2. Todas las Administraciones públicas —en cuanto que posibles demandadas— **miran con recelo los tribunales laborales**, lo que explica los intentos del Estado de sustraer determinados asuntos a su competencia, atribuyéndoselos a los tribunales de lo contencioso-administrativo, en los que sus letrados se defienden y se mueven (frente a los trabajadores, los representantes de los trabajadores, los empresarios y los beneficiarios de prestaciones) como peces en el agua¹⁵. **Las pruebas más concluyentes de estos recelos son tres.** En primer lugar, el flagrante incumplimiento por parte del Gobierno de su obligación legal —impuesta en 1998— de remitir a las Cortes un proyecto de ley, al efecto de que los tribunales laborales (y no los tribunales contencioso-administrativos) conociesen de la impugnación de «resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones» administrativas laborales, así como de la impugnación de «resoluciones administrativas relativas a regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos»¹⁶. En segundo lugar, la sustracción a los tribunales

¹¹ Artículo 7, letra a).

¹² Artículo 8.

¹³ El recurso de casación ordinaria se regula en los artículos 203 a 215 de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁴ Cfr. artículo 86ter.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 3, apartado 1, letra b), de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁵ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Eventuales excepciones extravagantes a las reglas generales de distribución de competencias, en el marco del contrato de trabajo, entre las jurisdicciones contencioso-administrativa y laboral», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIV (1993), págs. 127 y ss.

¹⁶ Cfr. artículo 3, apartados 2 y 3, de la Ley de Procedimiento Laboral.

laborales —en 2003— de su tradicional competencia para conocer de los pleitos entre el personal estatutario al servicio de las Administraciones sanitarias y estas últimas, para pasar a atribuírselos a los tribunales contencioso-administrativos¹⁷, impidiendo así a los representantes legales y sindicales de dicho personal la utilización del arma procesal más temible de que disponen los trabajadores frente al empresario, que es el proceso laboral especial de conflicto colectivo. En tercer lugar, la sustracción a los tribunales laborales —de nuevo en 2003— de su competencia para conocer de los pleitos sobre gestión instrumental de la seguridad social (esto es, «de las resoluciones y actos dictados en materia de inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación y gestión recaudatoria y demás actos administrativos distintos de los de la gestión de prestaciones de la seguridad social»)¹⁸, frente a la cual la Sala de lo Contencioso-administrativo de Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ha planteado en 2008 cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional¹⁹.

El hecho de que esta cuestión de inconstitucionalidad haya sido planteada por los tribunales de lo contencioso-administrativo, pero no por los tribunales laborales, parece obedecer a la táctica de balones fuera, pues la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ya había detectado la posible inconstitucionalidad del tema en 2004²⁰.

La Ley 35/2010, de 17 septiembre, vuelve a insistir sobre el tema de la atribución de competencia a los tribunales laborales de los asuntos de Derecho Administrativo Laboral, ordenando al Gobierno que apruebe un proyecto de ley de reforma de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que se «contemple la atribución al orden jurisdiccional social, entre otras cuestiones, de los recursos contra las resoluciones administrativas de la Autoridad laboral en los procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo»²¹.

Dada la absoluta falta de ejemplaridad de las Administraciones públicas españolas en cuanto que empresarios, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo asestó un golpe muy

¹⁷ Sobre el tema, véanse Sentencias de la Sala de lo Social (constituída en Sala General) del Tribunal Supremo de 16 y 21 diciembre 2005 (*Aranzadi WESTLAW*, referencias RJ 2005/7821 y RJ 2006/535, respectivamente), dictadas en casación para la unificación de doctrina.

¹⁸ Cfr. artículo 3, apartado 1, letra b), de la Ley de Procedimiento Laboral. Poniendo de relieve que el trasvase no parece haber disgustado a la caja única de la seguridad social, véase A. ARUFE VARELA, «La posición procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social en pleitos sobre gestión de prestaciones, tras la Ley 52/2003, de 10 de diciembre», *Tribuna Social*, núm. 178 (2005), pág. 16.

¹⁹ Admitida a trámite por Providencia del Tribunal Constitucional de 16 septiembre 2008 (*Boletín Oficial del Estado* de 30 septiembre 2008).

²⁰ Véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 diciembre 2004 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2005/1235), dictada en casación para la unificación de doctrina.

²¹ Cfr. disposición adicional decimoquinta.

significativo a los comentados recelos de tales Administraciones, al sostener —a partir del año 1998— la plena competencia de los tribunales laborales para declarar concluidos en fraude de ley los contratos administrativos encubridores de verdaderos contratos de trabajo²².

§3. En Europa continental, los contenciosos laborales francés y alemán se estructuran de manera muy distinta a la del contencioso laboral español²³, fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, porque **en Francia y Alemania existe una separación neta entre contencioso laboral y contencioso de seguridad social**, de los que conocen tribunales distintos (en Francia, los «Consejos de Hombres Prudentes [*Conseils de Prud'hommes*]» y los «Tribunales de Asuntos de Seguridad Social [*Tribunaux des Affaires de Sécurité Sociale*]», respectivamente; y en Alemania, los «Tribunales de Trabajo [*Arbeitsgerichte*]» y los «Tribunales de Seguridad Social [*Sozialgerichte*]»). En segundo lugar, porque **los recién citados tribunales franceses y alemanes son tribunales escabinos**, integrados en todo o en parte —pero con todos los poderes de los verdaderos jueces profesionales— por ciudadanos corrientes y molientes, denominados «consejeros [*conseillers*]» y «asesores [*assesseurs*]», en Francia, y «jueces electivos [*ehrenamtliche Richter*]», en Alemania.

En Alemania, el contencioso laboral —en sus aspectos orgánicos y procesales— aparece regulado en la Ley del Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgerichtsgesetz*) de 1953²⁴, mientras que el contencioso de seguridad social —igualmente en sus aspectos orgánicos y procesales— se regula en la Ley del Tribunal de Seguridad Social (*Sozialgerichtsgesetz*), asimismo de 1953.

En Francia, los aspectos orgánicos y procesales de los contenciosos laboral y de seguridad social se encuentran regulados en hasta cinco Códigos distintos (el del Trabajo, el de la Seguridad Social, el de la Acción Social y de las Familias, el de la Organización Judicial y el de Procedimiento Civil).

En Europa continental, el contencioso italiano es el más parecido al nuestro, supuesto que los tribunales civiles italianos —exclusivamente integrados por jueces profesionales— conocen a la vez, como regla, a través de «secciones especializadas», de asuntos laborales y de asuntos de seguridad social²⁵.

²² Véase Sentencia de la Sala de lo Social (constituida en Sala General) del Tribunal Supremo de 2 febrero 1998 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1998/1248), dictada en casación para la unificación de doctrina.

²³ Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 79 y ss., y 103 y ss.

²⁴ Nuestra traducción castellana de la misma, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 242 y ss.

²⁵ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs. 83-84 y 107-108.

Lesson 20

**LABOR COURTS AND THE SUSPICIONS OF THE PUBLIC
ADMINISTRATION BEFORE THEM, AS LONG AS
A POSSIBLE DEFENDANT**

Contents: §1. *The sources ruling labor courts and the definition of their material, functional and geographic jurisdiction.* §2. *The arguable subtraction of a number of matters to the material jurisdiction of labor courts, in favor of administrative courts.* §3. *Labor and social security litigation in Germany and France.*

§1. Labor courts —likewise all the State courts— are ruled in the Organic Act No. 6/1985, of July 1st, on the Judicial Power, which calls «social order of the jurisdiction» to the labor jurisdiction; and too, in the Royal Legislative Decree No. 2/1995, of April 7th, passing the combined text of the Labor Proceedings Act. According to these sources, **labor courts** are served either by only one Justice (assignee to a specific Social Court) or by a plurality of Justices (grouped in a Social Chamber, existing this specific kind of Chambers in the National Court, in the Superior Courts of Justice, and in the Supreme Court). From the viewpoint of the material jurisdiction, labor courts —in their essentials— **adjudge the litigation in the subject-matter of individual Labor Law** (that is, «between employers and workers as a consequence of the contract of employment»), **the litigation in the subject-matter of collective Labor Law** (that is, when the litigants are current or potential parties of a collective bargaining agreement), **and the litigation «in the subject-matter of social security**, including the unemployment protection». From the viewpoint of the functional jurisdiction, labor courts **act according to the principle of unique instance and threefold degree of jurisdiction**, being the most frequent and probable *iter* of a specific plea, the following one: (1) it will be brought before a Social Court, because the general rule is that «Social Courts shall adjudge *all* the proceedings assigned to the social jurisdictional order»; (2) given the non existence in the labor jurisdiction of the ordinary appeals (that is why we speak here about unique instance, and not twofold instance), then it would be possible to file an extraordinary appeal —as a consequence, alleging only statutorily

limited grounds— before the Social Chamber of a Superior Court of Justice, acting it in adjudging this appeal (called «suplication appeal») as a second degree labor court; and (3) then, it is only possible to file a new extraordinary appeal (called «cassation appeal for unifying the doctrine») before the Social Chamber of the Supreme Court, adjudging it as a third degree labor court. **From the viewpoint of the geographic jurisdiction** or venue —and to answer the question relating to which is the specific competent Social Court—, **there exist two key statutory rules, conceived to protect the supposedly weaker party**: (1) in labor litigation, «it shall be competent Court the one of the place of rendering of services, or the one of the residence of the defendant, *in the choosing of the plaintiff*», supposing that this last is usually a worker (as a consequence, the weak party of the labor relationship, who must be entitled to choose where claiming); and (2) in social security litigation, it shall be geographically competent the Social Court «with a territory in which the express or implied resolution, challenged in the proceeding, is in force, or the one of the residence of the plaintiff, *in the choosing of this last*», supposing now that the plaintiff uses to be in this other kind of litigation an individual entitled to social security benefits (the weak party again, but now of the social security relationship).

§2. All public Administrations —as long as possible defendants— **look with suspicion at labor courts**, what explains the attempts by the State of subtracting certain litigation affaires to their jurisdiction, to assign them to administrative courts, where their lawyers defend and move themselves (against the workers, the workers' representatives, the employers, and the individuals entitled to social security benefits) as being in one's element. **The most conclusive evidences of these suspicions are three**. Firstly, the flagrant violation by the Government of its statutory duty —imposed in 1998— of sending to the Parliament a bill, in order to assign to labor courts (and not to administrative courts) the challenge of the «administrative resolutions relating to the imposition of whichever penalties corresponding to whichever [labor administrative] offences», as well as the challenge of «administrative resolutions relating to regulation of employment and to administrative acts in the subject-matter of collective moves». Secondly, the subtraction to labor courts —in 2003— of their traditional jurisdiction to adjudge the litigation between the statutory staff serving in the health Administrations and these last, to

assign it to administrative courts, so preventing to the statutory or union representatives of such staff to use the most fearsome procedure weapon at the disposal of the workers against the employer, which is the special labor proceeding of collective conflict. Thirdly, the subtraction to labor courts—in 2003 again— of their jurisdiction to adjudge the litigation about instrumental management of the social security (that is, «on the resolutions and acts issued in the subject-matter of enterprises enrollment, formalization of the protection before professional risks, setting of rates, coverage of the temporary disability allowance, immatriculation, activation of the register, desactivation of the register, variations of workers' data, as well as in the subject-matter of liquidation and levy management, and the remaining acts other than the ones relating to benefits management of the social security»), having raised in 2008 the Administrative Chamber of Seville, of the Superior Court of Justice of Andalusia, an unconstitutionality question on the subject before the Constitutional Court.

§3. In continental Europe, the French and German labor litigations are structured in a very different way to that of the Spanish labor litigation, namely because of two reasons. Firstly, because **in France and Germany there exist a clear separation between labor litigation and social security litigation**, both adjudged by different courts (in France, the «Prudent Men Councils [*Conseils de Prud'hommes*]»), and the «Social Security Affairs Tribunals [*Tribunaux des Affaires de Sécurité Sociale*]»), respectively; and in Germany, the «Labor Courts [*Arbeitsgerichte*]»), and the «Social Security Courts [*Sozialgerichte*]»). Secondly, because **the just cited French and German Courts are mixed courts**, consisting in whole or in part—but with the full powers of the true professional justices— of ordinary citizens, called «advisors [*conseillers, assesseurs*]»), in France, and «elective justices [*ehrenamtliche Richter*]»), in Germany.

LA DESACELERACIÓN DE LA TRADICIONAL CELERIDAD
DE LOS PROCESOS LABORALES

Sumario: §1. El acto del juicio, en cuanto que mecanismo tradicionalmente posibilitador de la celeridad de los procesos laborales de instancia. §2. La anticuada regulación de las medidas cautelares contenida en la Ley de Procedimiento Laboral. §3. Derecho comparado sobre celeridad procesal laboral.

§1. Los procesos laborales se encuentran regulados en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril, que aprueba el texto refundido de **la Ley de Procedimiento Laboral**. En efecto, esta Ley —que es una Ley pura, carente de reglamentos de desarrollo— **trata con sumo detalle todos los procesos laborales de cognición o de instancia** (en su Libro II, rotulado «Del proceso ordinario y de las modalidades procesales», artículos 76 a 183), **todos los procesos laborales de impugnación o recursos** (en su Libro III, rotulado «De los medios de impugnación», artículos 184 a 234) **y todos los procesos laborales de ejecución** (en su Libro IV, rotulado «De la ejecución de las sentencias», artículos 235 a 303). Desde sus orígenes, viene sosteniéndose con razón que la jurisdicción laboral es una jurisdicción rápida, afirmando a este respecto la Ley de Procedimiento Laboral que los procesos laborales de cognición o de instancia tienen que desarrollarse **con sujeción precisamente al principio de «celeridad»**¹. **El mecanismo procesal que hace posible el cumplimiento de este principio es el «acto del juicio»**, verdadera pieza central de los procesos de cognición o instancia —incluso literalmente hablando, pues se desarrolla después de la admisión a trámite de la demanda² y antes de proceder

¹ Según su artículo 74, apartado 1, «los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional social y los Secretarios judiciales ... interpretarán y aplicarán las normas reguladoras del proceso laboral ordinario según los principios de inmediatez, oralidad, concentración y celeridad».

² Según el artículo 82 de la Ley de Procedimiento Laboral, la regla es que «admitida la demanda, ... el Secretario judicial señalará ... el día y la hora en que hayan de tener lugar sucesivamente los actos de conciliación [ante el propio Secretario] y de juicio [ante el Juez], debiendo mediar un mínimo de quince días entre la citación y la efectiva celebración de dichos actos» (apartado 1), teniendo en cuenta que «en las cédulas de citación se hará constar que los actos de conciliación y juicio no podrán suspenderse por incomparecencia del demandado, así como que los litigantes han de concurrir al juicio con todos los medios de prueba de que intenten valerse» (apartado 2). Acerca de la incomparecencia del demandante y sus consecuencias, véase A. ARUFE VARELA, «La precaria y problemática regulación del desistimiento del demandante en la Ley de Procedimiento Laboral: una reforma inaplazable», *Actualidad Laboral*, núm. 16 (2005), págs. 1891 y ss.

a dictar sentencia³—, caracterizándose dicho acto por todo lo siguiente: 1) puede durar incluso sólo unos pocos minutos, como frecuentemente sucede en pleitos de seguridad social; 2) durante el tiempo que dura, todas las actuaciones que lo integran se desarrollan verbalmente, en presencia siempre del Juez; y 3) siempre en unidad de acto, se procede sucesivamente en él a ratificar la demanda⁴, a contestar la propia demanda⁵, a proponer y practicar las pruebas⁶, y a formular las conclusiones⁷, teniendo en cuenta que «si el órgano judicial no se considerase suficientemente ilustrado sobre las cuestiones de cualquier género objeto del debate, concederá a ambas partes el tiempo que crea conveniente, para que informen o den explicaciones sobre los particulares que les designe»⁸. Ahora bien, **esta tradicional celeridad se encuentra actualmente muy perjudicada** por la imponente masa de asuntos que se ven obligados a resolver por Sentencia nuestros tribunales laborales de instancia —como media, unos 250 mil al año, en toda España⁹—, condicionando esta litigiosidad creciente el también creciente número de procesos laborales especiales —como regla general, especiales por razón de la concreta materia litigada—, casi una veintena, que la Ley de Procedimiento Laboral se ha visto obligada a tener que regular¹⁰. **De ahí la necesidad que tienen nuestros tribunales laborales de priorizar y jerarquizar, dando trato preferente en sus calendarios a unos juicios y posponiendo, en cambio, la celebración de otros** (como las reclamaciones de cantidad o en materia de seguridad social) aparentemente menos importantes. **Según la Ley de Procedimiento Laboral, gozan de máxima preferencia y urgencia el proceso laboral especial de «tutela de los derechos fundamentales»** (ya se trate de derechos fundamentales específicos de los trabajadores [libertad sindical,

³ Según el artículo 97 de la Ley de Procedimiento Laboral, la regla general es que «el Juez o Tribunal dictará sentencia en el plazo de cinco días [siguientes a la celebración del juicio], publicándose inmediatamente y notificándose a las partes o a sus representantes dentro de los dos días siguientes» (apartado 1).

⁴ Cfr. artículo 85, apartado 1, de la Ley de Procedimiento Laboral. Sobre el tema, véase A. ARUFE VARELA, «La ampliación de la demanda en el proceso laboral», *Actualidad Laboral*, núm. 47 (2001), págs. 843 y ss.

⁵ Cfr. artículo 85, apartado 2, de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁶ Cfr. artículo 87, apartados 1, 2 y 3, de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁷ Cfr. artículo 87, apartado 4, de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁸ Artículo 87, apartado 5, de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁹ Véase el enlace «Estadística» en el sitio de Internet del Consejo General del Poder Judicial, ubicado en www.poderjudicial.es.

¹⁰ Los regula —en once Capítulos— el Título II de su Libro II, artículos 102 a 182, bajo el rótulo genérico «De las modalidades procesales». Probando la inutilidad de remar terminológicamente contra corriente, la propia Ley de Procedimiento Laboral —respecto de los procesos que regula— habla su «tramitación ordinaria o especial» (artículo 177, apartado 4).

huelga], ya se trate de derechos fundamentales inespecíficos de los propios trabajadores [integridad física y moral, intimidad, libertad de expresión, etc.])¹¹ y **el proceso laboral especial de «conflictos colectivos»** (supuesto que el conflicto en cuestión puede llegar a afectar simultáneamente a centenares o, incluso, miles de trabajadores)¹², y **también, el proceso laboral especial de «despido disciplinario»** (este último, porque si el Juez deja transcurrir más de 60 días hábiles entre la fecha de presentación de la demanda y la fecha en que declare la improcedencia del despido, hace incurrir en responsabilidad al Estado)¹³.

Hasta 1990 existió en España un proceso laboral especial por razón de la cuantía de lo litigado¹⁴, pero las especialidades procesales laborales sólo se justifican hoy por razones diversas de esa cuantía, contándose entre estas otras razones las relativas al modo como se inicia el proceso (no siempre por medio de demanda privada)¹⁵, al vínculo material actual o potencialmente existente entre quienes litigan (no siempre un contrato de trabajo, un convenio colectivo o una relación de seguridad social)¹⁶, a la eventual disociación entre la parte legitimada para pleitear y la parte materialmente afectada por el litigio en cuestión (como ocurre en el proceso laboral especial de conflictos colectivos)¹⁷ y, sobre todo, a la concreta materia litigiosa laboral que se ventila en el pleito (como en el caso de los procesos laborales especiales de «despidos y sanciones»¹⁸, de «extinción del contrato por causas objetivas y otras causas de extinción»¹⁹, de «vacaciones»²⁰, de «clasificación profesional»²¹, de «movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo»²², etc.).

En todo caso, la cuantía de lo litigado sigue resultando procesalmente muy relevante, dada la irrecorribilidad de las Sentencias resolutorias de pleitos laborales en que el valor de lo litigado «no exceda de mil ochocientos euros»²³.

El proceso laboral especial dotado de una regulación más perfecta es el de tutela de los derechos fundamentales, probándolo contundentemente el dato de que algunas de las garantías que hacen del mismo un proceso especial privilegiado (por ejemplo, la posibilidad de solicitar una indemnización adicional de daños y perjuicios) resulten «exportables»

¹¹ Cfr. artículo 177, apartado 1, de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹² Cfr. artículo 157 de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹³ Cfr. artículo 116 de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁴ Con antecedentes que se remontan a 1941, este proceso laboral especial para resolver «reclamaciones inferiores a mil quinientas pesetas» fue regulado, por última vez, en nuestra Ley de Procedimiento Laboral de 1980, a pesar de haber caído tiempo antes en desuso.

¹⁵ Como ocurre en el caso del proceso laboral especial «de oficio», regulado en los artículos 146 a 150 de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁶ Es el caso de los procesos laborales especiales en «materia electoral», regulados en los artículos 127 a 136, y de los procesos laborales especiales sobre «impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación», regulados en los artículos 165 a 174, todos de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁷ Regulado en los artículos 151 a 160 de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁸ Regulados en los artículos 103 a 115 de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁹ Regulados en los artículos 120 a 124 de la Ley de Procedimiento Laboral.

²⁰ Regulado en los artículos 125 y 126 de la Ley de Procedimiento Laboral.

²¹ Regulado en el artículo 137 de la Ley de Procedimiento Laboral.

²² Regulados en el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral.

²³ Cfr. artículo 189, número 1, párrafo primero, de la Ley de Procedimiento Laboral.

—según la jurisprudencia²⁴— a todos los demás procesos laborales especiales mencionados por el artículo 182 de la Ley de Procedimiento Laboral, según el cual «las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 138bis y las de impugnación de convenios colectivos en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente».

§2. Esta priorización —aun reforzada con otros elementos (por ejemplo, la habilitación del mes de agosto para realizar actuaciones judiciales²⁵ o la supresión del trámite previo de la conciliación administrativa para poder demandar²⁶)— **no resuelve, sin embargo, la necesidad de tener que hacer justicia, en ocasiones, en sólo unos pocos días** (en consecuencia, con un carácter «urgentísimo», más que meramente «urgente»). **Esto último, en cambio, sí resulta posible ante los tribunales civiles** (tradicionalmente, más lentos que los tribunales laborales), **pues la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 contiene una moderna y totalmente puesta al día regulación de las «medidas cautelares»** —versión contemporánea de los tradicionales procesos interdictales civiles (de retener la posesión, de recobrar la posesión, de paralización de obra nueva, de demolición de obra ruinoso, etc.), basados en la protección de la apariencia o «humo de buen derecho [*fumus boni iuris*]»—, en sus artículos 721 a 747, que nada tiene que ver con la anticuada y poco práctica regulación de este mismo tema contenida en la Ley de Procedimiento Laboral²⁷. **Por eso**, aun no existiendo aquí ningún vacío o laguna regulatorios que hubiese que llenar, **nuestros tribunales laborales vienen echando mano de todas esas novedades procesales civiles —apelando al carácter supletorio que tiene la Ley de Enjuiciamiento Civil—, al efecto de tramitar urgentísimamente pretensiones laborales sobre**

²⁴ Véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 junio 2001 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2001/5931). Además, J. MARTÍNEZ GIRÓN, «De nuevo sobre si es necesaria o no la conciliación extrajudicial en proceso relativo a despido supuestamente violador de un derecho fundamental», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, t. XXII, Civitas (Madrid, 2005), págs. 113 y ss.

²⁵ Cfr. artículo 43, apartado 4, de la Ley de Procedimiento Laboral. Sobre los antecedentes jurisprudenciales justificadores de la necesidad de promulgar este precepto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Prescripción y caducidad de acciones [En torno al artículo 59]», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000), pág. 1213.

²⁶ Cfr. artículo 64 de la Ley de Procedimiento Laboral.

²⁷ Véase, en lo esencial, el Capítulo I del Título I de su Libro II, artículos 76 a 79, bajo el rótulo genérico «De los actos preparatorios, de la anticipación y aseguramiento de la prueba y del embargo preventivo».

todo de condena de no hacer²⁸. Sobre el tema, existe jurisprudencia laboral dando curso a este tipo de pretensiones, por ejemplo, antes de que el demandante llegue a plantear su demanda e, incluso, durante la tramitación de recursos laborales extraordinarios, pues todo esto lo permite ante los tribunales civiles la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata, sin embargo, de un injerto muy forzado, probando contundentemente que este injerto es un verdadero cuerpo extraño, metido con calzador en la Ley de Procedimiento Laboral, el hecho de que las resoluciones judiciales laborales resolviendo este tipo de procesos cautelares se den de bruces con el sistema de recursos frente a «autos» (no «sentencias») contenido en la propia Ley de Procedimiento Laboral²⁹.

Tampoco casa bien con los principios a que se ajustan los procesos laborales el hecho de que la Ley de Enjuiciamiento Civil obligue al solicitante de la medida cautelar (aunque sea trabajador o beneficiario de la seguridad social) a prestar caución³⁰.

En supuestos de «despido indirecto» —en los que cabe dispensar al trabajador, como excepción, de permanecer en su puesto de trabajo soportando los incumplimientos contractuales graves del empresario—, la utilidad del sistema civil de medidas cautelares resulta evidente, pues «es posible que se solicite tal dispensa al tiempo de presentar la demanda como medida cautelar, en los términos establecidos en los artículos 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil»³¹.

En realidad, el único supuesto «moderno» de proceso interdictal regulado en la Ley de Procedimiento Laboral es el que esta última prevé en su artículo 178, a propósito del proceso laboral especial de tutela de los derechos fundamentales, indicando que «en el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado»³², aunque teniendo en cuenta que «sólo se podrá deducir esta petición cuando se trate de presuntas lesiones que impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación»³³.

§3. En los tiempos que corren, la celeridad de la Administración de justicia (laboral y no laboral) pasa necesariamente por su conversión

²⁸ Sobre el tema, véase A. ARUFE VARELA, «¿Cabe aplicar las medidas cautelares de la Ley de Enjuiciamiento Civil en procesos laborales? A propósito del Auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, sobre celebración o no de partidos de fútbol profesional el primer domingo de 2011», *Actualidad Laboral*, núm. 12 (2011), págs. 1430 y ss. Los precedentes judiciales sobre el tema son una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 marzo 2003 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia JUR 2003/130170) y un Auto de la Sala de lo Social de Valladolid, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 10 enero 2007 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia AS 2007/679).

²⁹ Cfr. sus artículos 189, números 2 a 5, y 204, primero y segundo.

³⁰ Cfr. sus artículos 728, apartado 3, y 737.

³¹ Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 18 septiembre 2008 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia JUR 2009/28691).

³² Apartado 1, inciso primero.

³³ *Ibidem*, inciso segundo.

en una Administración electrónica, en la que llegue a prescindirse incluso de la utilización del soporte papel. **En lo laboral, esto último se ha conseguido plenamente en Gran Bretaña**, supuesto que allí la normativa procesal aplicada por sus tribunales laborales (denominados «Tribunales de Empleo» y «Tribunal de Apelación de Empleo») ³⁴ admite la posibilidad de presentar demandas y recursos, y de efectuar notificaciones a las partes litigantes, a través de Internet; e incluso, la celebración del acto del juicio (o «*hearing*»), mediante el «uso de comunicaciones electrónicas». **Entre la Administración de justicia laboral española sepultada por papeles y esta Administración de justicia laboral británica y su apuesta decidida por lo virtual, cabe la existencia de términos medios, entre los que resulta paradigmático el de la Corte Suprema de los Estados Unidos** —carente, como se sabe, de Salas, puesto que sus nueve jueces administran todo el Derecho, constitucional y ordinario (laboral, penal, mercantil, fiscal, etc.), como si fuese una unidad—, imponiendo a quienes pretenden recurrir ante ella (utilizando el recurso equivalente, con reparos, de nuestro recurso de casación) ³⁵ que no se pasen en el uso de papel (literalmente el «*word limit*» es «9.000» palabras).

Todos estos extremos aparecen detallados en las Reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos (*Rules of the Supreme Court of the United States*), elaboradas por la propia Corte Suprema y aprobadas por el Congreso de los Estados Unidos ³⁶.

Las normas británicas aludidas son el Reglamento de los Tribunales de Empleo [*Employment Tribunals*] (Constitución y Reglas de Procedimiento» de 2004, y las Reglas del Tribunal de Apelación de Empleo (*Employment Appeal Tribunal*) de 1993.

La Ley 18/2011, de 5 julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, coloca formalmente a España a la cabecera de los países más avanzados del mundo, aunque se trata de un mero brindis al sol, puesto que sólo podrá aplicarse dentro de tres legislaturas.

³⁴ Acerca de estos Tribunales, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 85-86.

³⁵ Acerca de dicho recurso, *ibidem*, págs. 87-88.

³⁶ En virtud de las autorizaciones concedidas por las secciones 2072 a 2075 del Título 28 del Código de los Estados Unidos.

Lesson 21

*THE DECELERATION OF THE TRADITIONAL SPEED
OF THE LABOR PROCEEDINGS*

Contents: §1. *The hearing as long as a mechanism for the traditional implementation of speed in the instance labor proceedings.* §2. *The old-fashioned regulation of injunctions contained in the Labor Proceedings Act.* §3. *Comparative Law about labor proceedings speed.*

§1. The labor proceedings are ruled in the Royal Legislative Decree No. 2/1995, of April 7th, passing the combined text of **the Labor Proceedings Act**. Indeed, this Act—which is a pure Act, with no implementing regulations— **minutely rules all the first instance labor proceedings** (in its Book II, headed «On the ordinary proceeding and on the proceeding modalities», sections 76 to 183), **all the appeal labor proceedings** (in its Book III, headed «On the appeal mechanisms», sections 184 to 234), **and all the executive labor proceedings** (in its Book IV, headed «On the execution of decisions», sections 235 to 303). On its onwards, it was rightly concluded that the labor jurisdiction is a speed jurisdiction, stating to this respect the Labor Proceedings Act that the first instance labor proceeding must be carried out just **under the principle of «speed»**. **The procedural mechanism making possible the performance of this principle is the «hearing»**, the true central piece of the first instance proceedings—even literally spoken, because it is carried out after the admission of the complaint, and before delivering the decision—, being characterized such mechanism for all the following: (1) it can only last a few minutes, as it frequently happens in social security litigation; (2) during it, all the acts comprised in it are orally performed, always before the Court; and (3) always in unity of act, the ratification of the complaint, the answer of the own complaint, the proposition and practice of the proofs, and the stating of the conclusions are developed in it, bearing in mind that «if the judicial body is not sufficiently illustrated about any kind of debated questions, he shall give to both parties an appropriate turn to report or give explanations about the designated topics». However, **this traditional speed is nowadays very damaged**, because of the overwhelming litigation to be adjudged by our first instance labor courts—around 250

thousand pleas a year, in the whole Spain—, conditioning this increasing litigation the also increasing number of special labor proceedings —as a general rule, special because of the specific litigated subject-matter—, almost a twenty, that the Labor Proceedings Act has needed to rule. **Hence the need of priority and hierarchy, giving our labor courts a preferential treatment in their schedules to some hearings, and conversely posposing the performance of other ones** (as wage litigation or social security litigation), apparently less important. **According to the Labor Proceedings Act, the maximum priority and urgency is given to the special labor proceeding about «protection of the fundamental rights»** (both specific fundamental rights of the worker [union freedom, strike], and non specific fundamental rights of the worker [physical and moral integrity, privacy, freedom of speech, and so on]), and **the special labor proceeding of «collective conflict»** (supposing that the conflict in question can even simultaneously affect to hundreds or thousands of workers), **and too, the special labor proceeding of «disciplinary dismissal»** (this last, because the State is responsible if the court delays more than 60 working days to adjudge a case about wrongful dismissal, after the date of the filing of the complaint).

§2. However, this priority —even strengthened with another elements (for example, making August a working month to proceed before the courts, or eliminating the previous step of the administrative conciliation to complain)— **is sometimes unuseful in order to adjudge in only a few days** (as a consequence, with a «very urgent» character, more than a merely «urgent» one). **This last is conversely possible before civil courts** (traditionally, more slow ones than the labor courts), **because the new Civil Procedure Act of 2000 contains a modern and fully updated regulation of the «injunctions»** —which is the contemporary version of the traditional civil *interdicta* (for retaining the possession, for recovering the possession, for paralyzing a new work, for demolition of ruinous work, and so on), based on the protection of the appearance or of the «smoke of good right [*fumus boni iuris*]»—, in its sections 721 to 747, which have nothing to do with the old-fashioned and poor practical ruling of this same subject-matter contained in the Labor Proceedings Act. **Therefore, despite the fact that any statutory lack or blank does not exist here, our labor courts use those civil proceedings novelties —invoking the subsidiary nature of the Civil Procedure Act—, in order to give**

a very urgent adjudgement to labor claims, above all on non doing condemnations. On this subject, there exists labor case Law allowing such kind of pretensions, for example, before the filing of the claim, and even, during the proceeding of extraordinary appeals, because all this is allowed before civil courts by the Civil Procedure Act. However, it is a very forced graft, conclusively proving that this graft is a true alien, put with shoehorn in the Labor Proceedings Act, the fact that the labor court resolutions adjudging such kinds of injuntions bump into the appeal system regarding to «orders» (not «decisions»), contained in the own Labor Proceedings Act.

§3. In the current era, **the speed of the judicial Administration (whether or not labor) necessarily requires its transformation in an electronic Administration**, beginning even to do without the paper support. **Regarding to labor courts, this last has been fully got in Great Britain**, supposing that the proceeding norms there applied by its labor courts (called «Employment Tribunals» and «Employment Appeal Tribunal») allow the possibility of filing complaints and appeals, and of doing services to the litigant parties, through Internet; and even, the performance of the «hearing», by means of «using electronic communications». **Between the Spanish labor judicial Administration, buried by papers, and this British labor judicial Administration, and its decided bet for the virtuality, there exist medium terms, being paradigmatic among them the one of the Supreme Court of the United States** —having no Chambers, as it is known, because its nine justices adjudge the whole Law, constitutional and ordinary (labor, criminal, commercial, tax, and so on), as it was a unity—, imposing to those who pretend to appeal before it (formalizing the equivalent, with reservations, to our cassation appeal) a limitation in the use of paper (literally, the «word limit» is «9,000» words).

ÍNDICE TÓPICO*

TOPIC INDEX

- Accidente no laboral y enfermedad común: 11-2.
Accidentes de trabajo: 9-1; 11-2.
AFE: 17-1.
Ajenidad: 3-1.
Alemania: 2-3; 3-3; 4-3; 5-3; 7-3; 8-3; 9-3; 10-3; 11-3; 12-3; 13-5; 15-3; 18-1; 18-3; 19-3; 20-3.
Arbitraje: 16-2.
Asamblea: 14-1.
Auditoría laboral (o social): 5-2.
Austria: 9-3; 12-2.
Autoridad laboral: 19-1.
Bélgica: 9-3.
Boletín Oficial del Estado: 1-2.
Calendario laboral: 7-2.
Carta Social Europea: 11-2.
 Protección frente al despido injustificado: 13-5.
 Violaciones en materia de prevención de riesgos laborales: 9-3.
 Violaciones salariales por España: 8-3.
CCOO: 6-2; 14-2; 15-1; 15-2; 16-1.
CEOE: 15-2.
CEPYME: 15-2.
Cierre patronal: 11-1.
 En Alemania: 18-3.
 En España: 18-3.
 En los Estados Unidos: 18-3.
CIG: 15-1; 16-1.
Clasificación profesional: 6-1; 16-2.
 Categoría profesional: 6-2.
 Categorías equivalentes: 6-2.
 Concurrencia de convenios: 16-2.
 Grupos profesionales: 6-2.
 Polivalencia funcional: 6-2; 6-3.
Código Civil italiano: 16-1.
Código de Trabajo español: 1-1.
Código del Trabajo francés: 1-1; 2-3; 5-3; 10-3; 11-3; 12-3; 14-3; 15-3; 16-3; 17-3; 20-3.
Código del Trabajo portugués: 2-3.
Comunidades Autónomas: 1-1.
 Policía laboral: 19-1; 19-2.
 Políticas activas de empleo: 4-2.
Conciliación de la vida laboral y familiar: 7-2.
Concurso de acreedores: 2-1; 12-1; 20-1.
Consejo de Europa: 8-3.
Contrato de trabajo:
 A tiempo parcial: 5-1.
 Causa: 5-1.
 De duración determinada: 5-1; 11-1.
 Acción de fijeza: 5-2.
 En Alemania: 5-3.
 En Francia: 5-3.
 En los Estados Unidos: 5-3.
 Fraude de ley: 5-2.
 Impugnación de extinción fraudulenta: 13-3.
 Medidas anti-fraude: 5-2.
Extinción:
 Condición resolutoria: 13-1.
 De la personalidad jurídica del empresario: 12-1.
 Dimisión
 Ordinaria: 13-1
 Violencia de género: 13-1.
 Fuerza mayor: 12-1.
 Jubilación del trabajador: 12-1.
 Muerte e incapacidad permanente del trabajador: 12-1.

* El primer número remite al Tema y el segundo número al epígrafe dentro de dicho Tema, de manera que 3-3 significa Tema 3, §3.

Critical Labor Law

- Muerte, jubilación e incapacidad del empresario: 12-1.
 Mutuo acuerdo: 13-1.
 Término resolutorio: 13-1.
- Información sobre el contenido: 6-3.
 Modificación del contenido:
 En Alemania: 10-3.
 En Francia: 10-3.
 En Gran Bretaña: 10-3.
 Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: 10-1; 10-2.
 Movilidad funcional: 10-1; 10-2.
 Movilidad geográfica: 10-1; 10-2.
- Nulidad: 2-1.
 Obligación de trabajar: 6-1; 11-1.
 Por tiempo indefinido: 5-1.
 De fomento de la contratación indefinida: 12-2.
 «De los 33 días»: 12-2; 13-4.
 Ordinario: 12-2
- Precontrato: 6-1.
 Prestación laboral: 6-1.
 Suspensión:
 Caracteres: 11-1.
 Causas justas: 11-1.
 Efectos: 11-1.
 En Alemania, por incapacidad temporal: 11-3.
 En Francia, por incapacidad temporal: 11-3.
 En los Estados Unidos, por incapacidad temporal: 11-3.
- Contratos formativos: 5-1.
 Convenio colectivo:
 Acuerdo de cobertura de vacíos: 6-1; 6-2.
 Acuerdo interconfederal sobre negociación colectiva 1997: 6-2.
 Acuerdos interprofesionales: 16-2.
 Administración: 16-1.
 Cláusulas de descuelgue: 2-2; 16-2.
 Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: 1-4.
 Comisiones paritarias: 16-1.
 Concurrencia: 16-2.
 Contenido normativo: 2-2; 16-1.
 Contenido obligacional: 16-1.
 Control de legalidad e ilegitimidad: 16-1.
 Cuerpo y alma: 1-4.
 Denuncia: 16-1.
 De empresa: 16-2; 16-3.
 Descuelgue: 2-2; 16-2.
 Eficacia normativa: 16-1.
 General: 16-1.
 General en los Estados Unidos: 16-3.
 Limitada en Alemania: 16-3.
 Limitada en Francia: 16-3.
 Eficacia obligacional: 16-1.
 Espectáculo taurino: 17-1.
 Espigueo: 2-1.
 Estatal de empresas de trabajo temporal: 6-2; 17-1.
 Extraestatutario: 7-2; 14-2; 16-1.
 Clases: 17-1.
 Eficacia normativa general: 17-1.
 Eficacia normativa limitada: 17-1.
 Jerarquía de las fuentes: 2-1.
 Registro electrónico: 17-2.
 Verbales: 17-2.
- Forma escrita: 17-2.
 En Alemania: 17-3.
 En Francia: 17-3.
 Libertad de forma en Gran Bretaña y los Estados Unidos: 17-3.
- Graduación de faltas y sanciones: 13-1.
 Legitimación para negociar: 14-1.
 Publicidad: 1-4; 16-1; 16-3; 17-1.
 Regulación del derecho de opción en despidos improcedentes: 13-1.
 Sectorial: 16-1; 16-2; 16-3.
 Tácito: 17-2.
 Ultractividad: 16-1; 17-1.
 Unidades de negociación: 2-2.
- CSI: 15-2.
 Dependencia: 3-1.
 Económica: 3-2.
 Indicios de existencia: 3-2.
 Jurídica: 3-1; 3-2.

- Deporte: 9-1; 11-1; 17-1; 21-2.
Derechos adquiridos: 2-2.
Desempleo: 13-1.
Despido:
 Colectivo: 8-2; 12-1.
 Causas: 12-1.
 Clases: 12-1.
 En Alemania: 12-3.
 En Francia: 12-3.
 En los Estados Unidos: 12-3.
 Forma: 12-1.
 Forma en Francia: 12-1.
 Indemnización: 12-1; 12-2.
 Impugnación: 13-3.
 Selección de los trabajadores despedidos: 12-2.
 Umbrales: 12-1.
 Disciplinario:
 Acoso: 13-2.
 Caducidad: 13-3.
 Calificación: 13-2.
 Carga de la prueba: 13-2.
 Causas justas: 13-2.
 Coste: 13-3; 13-4.
 De empleados públicos: 13-2.
 Desobediencia: 10-2; 13-2.
 Disminución del rendimiento: 6-1; 13-2.
 En Alemania: 13-5.
 En Francia: 13-5.
 En Italia: 13-5.
 En los Estados Unidos: 13-5.
 Forma: 13-2.
 Huelgas ilegales o abusivas: 13-2.
 Impuntualidades: 6-1; 13-2.
 Inasistencia al trabajo: 6-1; 13-2.
 Ofensas: 13-2.
 Subsanación: 13-2.
 Transgresión de la buena fe contractual: 6-1; 11-1; 13-2; 18-2.
 Discriminatorio: 13-2.
 «Express»: 12-1; 13-4.
 Indirecto: 13-1; 21-2.
 Libre norteamericano: 5-3; 13-5.
 Malicioso: 13-2.
 «Modelo austriaco»: 12-2.
 Nulo: 12-1; 13-2.
 Objetivo: 8-2; 12-1.
 Causas: 12-1.
 Clases: 12-1.
 Coste: 13-3.
 En Alemania: 12-3.
 En Francia: 12-3.
 Forma: 12-1.
 Indemnización: 12-1; 12-2.
 Ineptitud sobrevenida: 6-1.
 Preaviso: 12-1.
 Selección de los trabajadores despedidos: 12-2.
 Supuestos: 12-1.
 Retractación: 13-1.
 Desregulación laboral: 2-2.
 DGB: 15-3.
 Discriminación: 13-2; 13-5.
 Dinamarca: 6-3; 9-3.
 ELA-STV: 15-1; 16-1.
 Empresario:
 Cambio de titularidad: 10-1.
 Contratas de servicios: 10-1.
 Ejecutividad de sus decisiones: 10-2.
 Extinción de la personalidad jurídica: 12-1.
 Muerte, jubilación e incapacidad: 12-1.
 Pequeño: 9-2.
 Convenio colectivo microempresarial: 17-1.
 Coste del despido improcedente: 13-4.
 Despido colectivo: 12-2.
 Desregulación del despido en Alemania: 13-5.
 Desregulación del despido en los Estados Unidos: 13-5.
 Protección desigual frente al despido en Italia: 13-5.
 Siniestralidad laboral: 11-2.
 Poderes:
 De control: 14-1.
 Directivo: 14-1.
 Disciplinario: 14-1.
 «Potestas mutandi»: 10-1.
 Sucesión: 10-1.

- Empresas de trabajo temporal: 4-1; 6-3; 17-1.
Estados Unidos: 4-3; 5-3; 7-3; 8-3; 11-3; 12-3; 13-5; 15-3; 18-3; 19-3; 21-3.
Estatuto de los Trabajadores: 1-1.
Expediente de regulación de empleo (o ERE): 12-1.
Expediente franquista con propuesta de despido: 13-2.
Externalización de servicios: 10-1.
Familias numerosas: 10-4.
Finlandia: 9-3.
Flexiguridad:
 Externa: 6-3.
 Interna: 6-3.
Fondo de Garantía Salarial: 8-1; 12-2.
Francia: 2-3; 4-3; 5-3; 10-3; 11-3; 12-1; 12-3; 13-5; 15-2; 15-3; 18-3; 19-2; 20-3.
Franquismo: 16-1.
Fuentes del Derecho del Trabajo:
 Convenios colectivos: 1-4.
 Costumbre: 2-1; 17-2.
 Jurisprudencia laboral: 1-3.
 Legislación laboral: 1-1.
Funcionarios públicos: 3-1.
Gran Bretaña: 4-3; 7-3; 10-3; 18-3.
Grecia: 9-3.
Holanda: 9-3.
Horario: 7-2.
Horas extraordinarias: 7-1.
Huelga: 11-1; 13-1.
 «Auto-regulación»: 18-2.
 Autoridad gubernativa: 18-1.
 Casos *Laval* y *Viking*: 18-3.
 Comité de huelga: 17-2.
 De empleados públicos: 18-2.
 De Jueces y Magistrados: 18-2.
 «Derecho de retención» en Alemania: 18-1.
 Eficacia: 18-1.
 Esquirols: 18-2.
 Estados de alarma, excepción y sitio: 18-2.
 General: 18-1.
 Intermitente: 18-1.
 «Ius resistentiae»: 18-1.
 Modelo alemán: 18-3.
 Modelo francés: 18-3.
 Modelo inglés: 18-3.
 Modelo italiano: 18-3.
 Modelo norteamericano: 18-3.
 Modelo portugués: 18-3.
Piquetes:
 Coactivos: 18-2.
 «Convencitivos»: 18-2.
 Informativos: 18-2.
Preaviso: 18-1.
Regulación: 18-1.
Salvaje: 18-1; 18-2.
Servicios esenciales: 18-1.
Servicios mínimos: 18-1.
Sorpresa: 18-1.
Subsidios sindicales en Alemania: 15-3.
Titulares: 18-2.
Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples: 8-2.
Infracciones y sanciones en el orden social: 1-2; 6-3; 18-2.
Inspección de Trabajo: 11-2.
 Actas: 19-1.
 Carácter integral: 19-1.
 Catalana: 19-2.
 Condena del Consejo de Europa: 9-3.
 Control de la jornada: 7-3.
 Escuela:
 En España: 19-2.
 En Francia: 19-2.
 En Portugal: 19-2.
 Funcionalmente mixta: 19-1.
 Iniciativa: 19-1.
 Modelo alemán: 19-3.
 Modelo español, parcialmente disgregado: 19-1.
 Modelo norteamericano: 19-3.
 Naturaleza de servicio jurídico: 19-1.
 Naturaleza funcional: 19-1.
 Oposiciones: 19-2.
 Subinspectores: 19-1; 19-2.
 Técnicos habilitados: 19-1; 19-2.
 Unión Europea: 19-3.
 Visitas: 19-1.
Intermediación laboral: 4-1.
Invenciones laborales: 6-1.
Italia: 2-3; 3-3; 4-3; 8-3; 9-3; 13-5; 16-1; 18-3; 20-3.

- Jornada de trabajo:
 Anual: 7-1; 16-2.
 Cláusula de descuelgue en Alemania: 7-3.
 Cláusula de descuelgue en Gran Bretaña: 7-3.
 Diaria: 7-1.
 Distribución irregular: 7-2.
 En la Administración pública: 7-1.
 En los Estados Unidos: 7-3.
 Semanal: 7-1.
- Juzgados de lo Mercantil: 20-1.
- LAB: 15-1; 16-1.
- Letonia: 9-3.
- Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social: 1-1; 9-1; 18-2; 19-1.
- Ley de Procedimiento Laboral: 1-1; 10-1; 10-2; 13-1; 15-1; 20-1.
- Ley General de la Seguridad Social: 1-1; 9-1; 13-1.
- Ley Orgánica de Libertad Sindical: 14-1; 15-1.
- Libertad sindical:
 Carácter poliédrico: 15-1.
 Comité de Libertad Sindical de la OIT: 15-3.
 Contenido adicional: 15-1.
 Contenido esencial: 15-1.
 Facetas: 15-1.
 Violaciones: 15-1.
- Luxemburgo: 9-3.
- «Modelo austríaco»: 12-2.
- Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: 7-2; 10-1; 10-2.
 Descuelgues: 2-2; 16-2.
 Impugnación: 10-2.
- Mutuas de accidentes de trabajo: 9-1.
- Ordenanzas laborales: 16-2.
- Organización Internacional del Trabajo: 1-5; 7-1; 15-3.
 Comité de Libertad Sindical: 15-3.
 Convenios sobre libertad sindical: 15-3.
 Forma de los convenios colectivos: 17-3.
 Inspección de Trabajo: 19-1; 19-2.
- Período de prueba: 2-2; 5-1; 11-1; 16-2.
- Permisos: 7-1.
- Poder Judicial: 1-3.
- Políticas de empleo:
 Activas: 4-2.
 En Alemania: 4-3.
 En Francia: 4-3.
 En Gran Bretaña: 4-3.
 En los Estados Unidos: 4-3.
 En Portugal: 4-3.
 Pasiva: 4-2.
 Portugal: 2-3; 3-3; 4-3; 18-3; 19-2; 21-3.
 Prejubilación: 12-2.
 Prestaciones personales obligatorias: 3-1.
 Prevención de riesgos laborales: 9-1.
 Aseguramiento del recargo de prestaciones: 9-1.
 Comité de seguridad y salud: 9-1.
 Deberes del empresario: 9-1.
 Delegados de prevención: 9-1.
 Derechos del trabajador: 9-1.
 Estadísticas: 11-2.
 Incumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros: 9-3
 Jornada: 7-3.
 Partes de accidentes de trabajo fraudulentos: 11-2.
 Plan de prevención: 9-1.
 Servicios de prevención: 9-1.
- Principios de política social: 2-1.
- Principios del Derecho del Trabajo: 2-1.
 Absorción y compensación: 2-1.
 Comparación en conjunto: 2-1.
 Favorecimiento del trabajador: 2-1.
 En Alemania: 2-3.
 En Francia: 2-3.
 En Italia: 2-3.
 En Portugal: 2-3.
 Irrenunciabilidad de los derechos: 2-1.
 Jerarquía normativa: 2-1.
 Procesales: 21-2.
- Principios economicistas: 2-2.
- Procedimiento laboral:
 Acto del juicio: 21-1.
 Celeridad: 21-1; 21-2.
 En el Reino Unido: 21-3.
 En los Estados Unidos: 21-3.
 En Portugal: 21-3.
 Cuantía de lo litigado: 21-1.
 De cognición: 21-1.
 De ejecución: 21-1.
 De impugnación: 21-1.

- Electrónico: 21-3.
- Interdictal: 21-2.
- Medidas cautelares: 21-2.
- Principios: 21-1; 21-2.
- Proceso de clasificación profesional: 6-2.
- Proceso de conflicto colectivo: 14-1; 17-1; 21-1.
- Proceso de despido: 6-2; 13-1; 21-1.
- Proceso de seguridad social: 21-1.
- Proceso de tutela de derechos fundamentales: 15-1; 21-1.
- Proceso ordinario: 15-1; 21-1.
- Recursos: 21-1.
 - De casación ordinaria: 1-3; 20-1.
 - De casación para la unificación de doctrina: 1-3; 20-1.
 - De suplicación: 1-3; 20-1.
- Régimen disciplinario: 16-2.
- Reglamentaciones nacionales de trabajo: 6-2; 16-2.
- Reino Unido: 9-3; 14-3; 21-3.
- Relaciones laborales especiales
 - Personal de alta dirección: 11-1.
 - Servicio del hogar familiar: 3-1.
- Representantes de los funcionarios: 14-2.
- Representantes de los trabajadores:
 - En materia de prevención de riesgos laborales: 9-1.
 - Legales o unitarios:
 - Comités de empresa: 14-1.
 - Competencias: 14-1.
 - Delegados de personal: 14-1.
 - Elecciones: 14-2.
 - En Alemania: 14-3.
 - En el Reino Unido: 14-3.
 - En Francia: 14-3.
 - Extraestatutarios: 14-2; 17-1.
 - Garantías: 14-1.
 - Mandato 14-1.
 - «Liberados»: 14-1.
 - Privilegios en movilidad geográfica: 10-2.
 - Privilegios frente a despidos colectivos y objetivos: 12-2.
 - Privilegios frente al despido disciplinario: 13-1.
 - Sindicales: 14-1.
- Responsabilidad social de las empresas: 2-2; 5-2.
- Salarios:
 - Caracteres: 8-1.
 - De tramitación: 13-3; 13-4.
 - En especie: 8-1.
 - Garantías: 8-1.
 - Iguala: 6-1.
 - Mínimo interprofesional español: 8-2.
 - Mínimo interprofesional inexistente en Alemania: 8-3.
 - Mínimo interprofesional inexistente en Italia: 8-3.
 - Mínimo interprofesional norteamericano: 8-3.
 - Mora accipiendi*: 6-1.
 - Nómina: 8-1.
 - Por rendimiento: 6-1.
 - Techos o topes: 8-2.
 - Tributación: 8-1.
- Seguridad y salud laboral: 7-3; 9-1; 16-2; 19-3.
- Sindicatos:
 - Actividad: 15-1.
 - «Amarillos»: 15-1.
 - Audiencia electoral: 15-1.
 - «Elecciones sindicales»: 14-2.
 - Estatutos: 14-1.
 - Financiación en Alemania: 15-3.
 - Financiación en España: 15-2.
 - Financiación en Francia: 15-2; 15-3.
 - Financiación en los Estados Unidos: 15-3.
 - Horizontales: 17-1.
 - Implantación: 15-1; 17-1.
 - «Liberados»: 14-1.
 - Número de afiliados: 15-2.
 - Órganos: 15-1.
 - Pactos de seguridad sindical: 15-2; 16-2.
 - Pluralismo: 15-1.
 - Representatividad: 14-2; 15-1; 16-1; 17-1.
 - Representatividad en Francia: 14-3; 15-3.
 - Responsabilidad: 15-1.
 - Secciones sindicales: 14-1.
 - Subvenciones por la realización de actividades sindicales: 16-2.

- Sistema Nacional de Empleo:
 Agencias de colocación: 4-1.
 INEM: 4-1.
 Ni unitario ni integral: 4-2.
 Oficinas públicas de empleo: 4-1.
- «Soft Law»: 2-2; 5-2.
- Suecia: 9-3.
- Trabajador:
 Asalariado: 3-1.
 Autónomo: 3-1.
 Cómputo, a efectos electorales: 14-1.
 Dependiente: 3-1.
 Familiares: 3-1.
 Indefinido no fijo: 5-2; 12-1.
 Por cuenta propia: 3-1.
 Prejubilado: 12-2.
- Trabajadores autónomos económicamente dependientes: 3-2.
 En Alemania: 3-3.
 En Italia: 3-3.
 En Portugal: 3-3.
 Falsos autónomos: 3-2.
 Litigios: 3-2.
 Registro: 3-2.
- Trabajo:
 A tiempo parcial: 5-1.
 Frutos: 6-1.
 Por cuenta ajena: 3-1; 3-2.
 Por cuenta propia: 3-1; 3-2.
- Trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad: 3-1.
- Trabajo funcionarial: 3-1.
- Tribunales laborales:
 Administración pública, en cuanto que demandada: 20-2.
 Competencia funcional: 20-1.
 Competencia material: 20-1.
 Competencia objetiva: 20-1.
 Competencia territorial: 20-1.
 Contencioso laboral alemán: 20-3.
 Contencioso laboral francés: 20-3.
 Contencioso laboral italiano: 20-3.
 Delimitación de competencia con la jurisdicción contencioso-administrativa: 20-2.
 Grados jurisdiccionales: 20-1.
 Juzgados de lo Social: 20-1.
 Sala de lo Social:
 De la Audiencia Nacional: 20-1.
 De Tribunal Superior de Justicia: 1-3; 20-1.
 Del Tribunal Supremo: 1-3; 20-1.
 UGT: 6-2; 14-2; 15-1; 15-2; 16-1; 17-1.
 Unión Europea: 1-5.
 Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo: 9-1.
 Carta de los Derechos Fundamentales: 9-2; 13-5; 18-3.
 Casos *Laval* y *Viking*: 18-3.
 Contratos de trabajo de duración determinada «ad extra»: 5-3.
 Contratos de trabajo de duración determinada «ad intra»: 5-3.
 Derecho de huelga: 18-3.
 Despidos colectivos: 12-3.
 Diálogo social: 1-5.
 Directiva marco de seguridad y salud laboral: 9-2.
 Directivas específicas de seguridad y salud laboral: 9-2.
 Empresas de trabajo temporal: 4-1; 6-3.
 EUR-Lex: 1-5.
 Falsos trabajadores por cuenta ajena: 3-3.
 Flexiguridad: 6-3.
 Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización: 4-2.
 Información sobre la prestación de trabajo: 6-3.
 Información y consulta de los trabajadores: 14-3.
 Insolvencia del empresario: 8-1.
 Inspección de Trabajo: 19-3.
 Motivos extintivos no inherentes a la persona del trabajador: 12-1.
 Ordenación del tiempo de trabajo: 7-3.
 Orientaciones de políticas de empleo: 6-3.
 Prelex: 1-5.
 Principio de favorecimiento del trabajador: 2-3.
 Programa de acción social: 1-5.
 Red EURES: 4-3.
 Salario mínimo interprofesional inexistente: 8-3.
 Traspasos de empresas: 10-1.
 Vacaciones: 7-1.
 Violencia de género: 13-1.

SITIOS DE INTERNET*

WEBSITES

- www.boe.es: 1-2.
- www.legifrance.gouv.fr: 1-2.
- www.mtin.es: 1-2.
- www.poderjudicial.es: 1-3.
- www.tribunalconstitucional.es: 1-3.
- www.dgsi.pt: 1-3.
- www.mtin.es/es/sec_trabajo/ccncc: 1-4.
- <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=329&langId>: 1-5.
- www.ilo.org: 1-5.
- <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=326&langId=es>: 4-2.
- <http://ec.europa.eu/eures>: 4-3.
- <http://europa.eu/epso>: 4-3.
- www.dol.gov/esa/minwage/america.htm: 8-3.
- www.coe.int: 8-3.
- <http://osha.europa.eu>: 9-1.
- www.ituc-csi.org: 15-2.
- www.ladocumentationfrancaise.fr: 15-2.
- www.tcu.es: 15-2.
- www.dila.premier-ministre.gouv.fr: 15-3.
- www.dgb.de: 15-3.
- www.ilo.org: 15-3.
- www.mtin.es: 16-2.
- www.bmas.bund.de: 16-3.
- www.mtin.es/itss: 19-2.
- www.osha.gov: 19-3.
- www.poderjudicial.es: 21-1.
- www.mj.gov.pt: 21-3.

* El primer número remite al Tema y el segundo número al epígrafe dentro de dicho Tema, de manera que 1-3 significa Tema 1, §3.

