REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ISSN 1696-9626

**DIRECTOR**
**Luis Enrique de la Villa Gil (Catedrático Emérito DTSS, Uam. Abogado)**

**SECRETARIO GENERAL**
**José Ignacio García Ninet (Catedrático Emérito DTSS, U. Barcelona)**

## N.º 28 FEBRERO 2012

## ESTUDIOS

- Los sujetos protagonistas de los acuerdos marco internacionales.
  The protagonists in the International Framework Agreements. (RI §411467)
  *Juan José Fernández Domínguez*
  El fracaso en el intento de introducir una cláusula de condicionalidad social de carácter mundial dejó un amplio espacio a la "autorregulación" de las empresas multinacionales. Diversos escándalos financieros, medioambientales y laborales hicieron que, para salvar su imagen, se generalizan las declaraciones unilaterales de responsabilidad social empresarial a través de códigos de conducta. Avanzando un paso más, en las décadas de final del siglo XX y primera del siglo XXI se han abierto camino, como instrumento más sofisticado, los Acuerdos Marco Internacionales, negociados por la multinacional con los interlocutores sociales. Sujetos de un nuevo proceso a los que el estudio dedica su atención.

- Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios colectivos.
  New rules about concurrence between collective agreements. (RI §411468)
  *Juan Gorelli Hernández*
  La reforma laboral de la negociación colectiva ha supuesto importantes novedades en materia de las reglas sobre concurrencia de convenios, que implican una mayor flexibilidad, la preferencia legal de la negociación de empresa y de Comunidad Autónoma sobre la negociación de nivel estatal, si bien limitada. No obstante, también la reforma permite que sindicatos y patronal puedan gobernar las relaciones entre los diferentes niveles de negociación.

- ¿Respuesta convincente del sindicato democrático al desafío del esfuerzo de transformación?.
  ¿Convincing answer of the democratic trade union to the challenges of the trasnformer effort?. (RI §411464)
  *Manuel María Zorrilla Ruiz*
  El sistema constitucional español concibe el sindicato como un agente del esfuerzo de transformación requerido para desencadenar el cambio social. La libertad que el sindicato ejerce, debe ser real y efectiva, sin incurrir en vaguedades históricas y comprometiéndose con el espíritu del cambio. La morfología sindical abarca la figura del sindicato clásico, las modalidades asamblearias, las representaciones unitarias y ciertas uniones sin personalidad. La transformación significa que el sindicato se apropia de los nuevos intereses que, al hacerse visibles, deben promoverse y defenderse para edificar una sociedad más igual y más libre. El sindicato realiza esa tarea en conexión con los poderes públicos que, previos los tempestivos controles, apoyan sus iniciativas.

- Las políticas públicas a favor del retorno voluntario de inmigrantes.
  Public policy for the voluntary return of migrants. (RI §411469)
  *Pilar Charro Baena y Carmen Sánchez Trigueros*
  En los últimos años, inmersos plenamente en recesión económica, en España se ha asistido a un proceso de puesta en marcha de instrumentos y medidas con el objetivo de solventar (en ocasiones, artificialmente) el problema del desempleo entre los trabajadores extranjeros. Resulta incuestionable que el desempleo azota de manera más acusada a la población inmigrante que ha venido ocupando empleos en sectores donde la crisis ha sido más agresiva y tiene también mayores dificultades para reubicarse en otros empleos. Si bien el retorno es una realidad tan compleja como el propio proceso del que forma parte, la actual coyuntura ha favorecido que se aborde la regulación del retorno voluntario

como mecanismo para paliar esta situación, mediante la asistencia o el incentivo del retorno de los inmigrantes a sus países de origen.

- Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral : puntos de fricción.
  Public control of the temporary disability and labor absenteeism: points of friction. (RI §411472)
  *Erik Monreal Bringsvaerd*
  Este estudio versa sobre la relación que existe entre la incapacidad temporal como contingencia protegida del sistema público español de Seguridad Social y la práctica del absentismo laboral. Tras pasar revista crítica al estado actual del reparto de facultades y competencias entre los distintos entes, organismos o entidades participantes en la gestión de dicha prestación, con especial atención a la evolución jurisprudencial en este punto y a las más relevantes opiniones doctrinales, el estudio se centra en identificar aquellos extremos del régimen jurídico de la protección por IT en los cuales se aprecia discordancia entre los respectivos objetivos de controlar el gasto público y luchar contra el absentismo laboral. En particular, estos puntos de fricción surgen en tres supuestos -procedimiento de disconformidad con las altas del INSS; condiciones de pérdida del derecho al subsidio por IT como consecuencia de la incomparecencia injustificada del trabajador/beneficiario al reconocimiento médico eventualmente ordenado por la mutua; y procedimiento de revisión de las altas de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los procesos de IT causados por contingencia profesional-. El estudio finaliza con una valoración de conjunto del estado de la situación que se acompaña de una sucinta formulación de sugerencias o alternativas de mejora de la problemática examinada.

- La tutela del derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sus circunstancias familiares. Un mecanismo coherente para fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades familiares.
  Protection of the workers' rights against discrimination due to their family situation. A consistent solution to encourage the joint responsibility between men and women in assuming their family responsibilities. (RI §411459)
  *Milagros Alonso Bravo*
  La vinculación del ejercicio de los derechos de conciliación al principio de no discriminación por razones familiares permite resolver los conflictos entre el ejercicio de tales derechos y la adopción de decisiones empresariales organizativas distintas del despido a través de la aplicación de la doctrina del TC sobre el juego de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, con independencia de su ejercicio por hombres o mujeres. El reconocimiento por el TC del principio de no discriminación por razones familiares como causa específica de discriminación sitúa la evolución del tratamiento jurídico de los instrumentos de conciliación en un estadio coherente con el objetivo de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades familiares.

- Contratación administrativa y empresas de trabajo temporal.
  Administrative contracts and temporary-work agencies. (RI §411471)
  *Pilar Madrid Yagüe*
  Desde la introducción de la figura de las empresas de trabajo temporal (en adelante, ETT) en el ordenamiento jurídico español en 1994, a impulsos de la dinámica de la Unión Europea, se ha podido observar en nuestro país un continuo y paulatino efecto expansivo del potencial que ofrece esta forma de canalizar la puesta a disposición de mano de obra especializada a los distintos sectores laborales. Pronto ha dejado sentir sus efectos también en la esfera de la contratación administrativa; primero, por acudir las empresas adjudicatarias a las ETT para conseguir completar sus plantillas para el cumplimiento del objeto de los contratos, y, después, por introducir el legislador ciertos casos en los que los sujetos públicos pueden adjudicar directamente a las ETT determinados contratos. Con la Directiva 2008/104/CE del Parlamento y del Consejo, de 19 de noviembre, se da un paso más en la generalización de la cesión de trabajadores a través de las ETT, procurando una mayor protección de los trabajadores cedidos y ordenando la revisión de las restricciones o prohibiciones existentes en el acceso a este recurso. La transposición al derecho español de esta Directiva se ha efectuado por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Se ordena, en materia de contratación administrativa, la supresión a partir de 1 de abril de 2011 de todas las limitaciones o prohibiciones vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición entre las Administraciones Públicas y las ETT, salvo las válidas que puedan establecerse de futuro cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por ETT, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos. Quedan exceptuadas las tareas, que no los puestos, que estén reservadas a los funcionarios públicos por una norma con rango de Ley, las cuales quedan totalmente vedadas a la contratación con una ETT. El Gobierno ha de establecer los criterios funcionales de aplicación de esta contratación en el ámbito de las Administraciones Públicas.

- El permiso parental en la Unión Europea; de la antigua a la nueva Directiva.
  Parental leave in the European Union: from the old to the new directive. (RI §411470)

*Miguel de la Corte Rodríguez*

En este artículo se lleva a cabo un estudio del permiso parental en la UE, en un camino que va desde la antigua Directiva de 1996 hasta la nueva Directiva de 2010.Tanto la Directiva de 1996 como la Directiva de 2010 tuvieron su origen en sendos acuerdos sociales europeos de 1995 y 2009, que las Directivas hicieron jurídicamente vinculantes según el procedimiento de los actuales arts. 154 y 155 del Tratado de Funcionamiento de la UE. La Directiva de 1996 supuso un hito en el camino que se ha seguido en los últimos años hacia la conciliación de la vida profesional y familiar. Esta Directiva instituyó un derecho europeo al permiso parental – distinto al permiso de maternidad – concebido como un derecho individual del trabajador, hombre o mujer, normalmente no retribuido (aunque esto dependerá de lo que decidan los Estados miembros), a ausentarse del trabajo durante un mínimo de 3 meses para poder ocuparse de su hijo pequeño (hasta una edad determinada no superior a los 8 años). Este derecho está garantizado a través de una serie de medidas, como el mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición antes del permiso parental hasta el final del mismo, el derecho a la reincorporación al mismo puesto de trabajo y la protección contra el despido por el hecho de haber solicitado o utilizado un permiso parental. En clave española, el permiso parental europeo tienen una doble expresión: la llamada excedencia por cuidado de hijos, que es un permiso parental no retribuido a jornada completa, y la reducción de jornada por cuidado de hijos, que es un permiso parental no retribuido a jornada parcial.

La Directiva de 2010 amplía el derecho al permiso parental de 3 a 4 meses e introduce diversas mejoras y aclaraciones relativas al ejercicio de ese derecho. Entre ellas destacan la protección contra la discriminación por el hecho de haber solicitado o tomado un permiso parental, y la posibilidad de reincorporación flexible para los que vuelven al trabajo tras el disfrute del permiso. Esta nueva Directiva no va a tener un gran impacto en nuestra normativa nacional, puesto que la mayor parte de sus novedades ya está contemplada en la misma.

## LEGISLACIÓN

- Aspectos (in) sociales del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.
  (Un)social aspects of the Royal Decree-Law 20/2011, of december 30, on urgent budgetary, fiscal and financial measures to correct the public deficit. (RI §411474)
  *Borja Suárez Corujo*
  El presente comentario analiza y valora críticamente las principales disposiciones en materia social contenidas en el Real Decreto-ley 20/2011, 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, primera medida relevante adoptada por el nuevo Gobierno para hacer frente a los efectos devastadores de la crisis económica. Desde esa perspectiva crítica, se hace un repaso pormenorizado de la citada norma legal, resaltando cuatro grandes asuntos: las novedades introducidas en la habitual regulación relativa a la revalorización de las pensiones y a la fijación de las cotizaciones sociales; la inesperada prórroga del programa "Prepara"; y los graves recortes producidos en materia de dependencia, viudedad y otros ámbitos sociales sensibles.

- Medidas para el mantenimiento y el impulso del empleo tras las reformas de 2010 y 2011.
  Measures for the maintenance and the promotion of employment after the reforms of 2010 and 2011. (RI §411475)
  *Miguel Gutíerrez Pérez*
  La difícil situación que viene atravesando el mercado de trabajo español en los últimos años, marcada por una masiva destrucción de puestos de trabajo, lo que se traduce en una elevadísima tasa de desempleo, ha motivado importantes reformas legislativas durante 2010 y 2011, con el fin de adoptar diferentes medidas dirigidas tanto a evitar la destrucción de puestos de trabajo como a insertar en el mercado laboral al gran número de desempleados con el que cuenta el mismo. Por tanto, trataremos de examinar algunas de las medidas más destacadas adoptadas por el legislador a fin de lograr tanto el mantenimiento como el impulso del empleo, al objeto de conocer el nuevo panorama que presenta el ordenamiento laboral en este ámbito.

## JURISPRUDENCIA

- Lactancia y protección de la salud. La evaluación de los riesgos y el carácter subsidiario de la dispensa del trabajo en la doctrina del Tribunal Supremo.
  Breastfeeding and health: risk assessment and character of the waiver subsidiary of work. (RI §411460)
  *Elena García Testal*

La protección de las trabajadoras en período de lactancia incluye, en el ordenamiento laboral español, la posibilidad de quedar dispensadas de su prestación de servicios percibiendo una prestación de la Seguridad Social. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo -en una serie de resoluciones judiciales deliberadas conjuntamente- analiza las condiciones que deben concurrir para el acceso a la prestación económica derivada de la situación protegida de riesgo durante la lactancia natural, en definitiva, sobre la interpretación y aplicación de los artículos 135 bis y 135 ter de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS). Para ello resulta ineludible el análisis del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, (en adelante, LPRL), que delimita la situación protegida, así como de los artículos 45.1.d y 48 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto que son éstos los que califican la situación suspensiva del contrato de trabajo.

- La extinción del contrato de trabajo de las trabajadoras embarazadas durante el periodo de prueba. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2011.
  The termination of the contract of pregnant workers in the trial period: can it be considered as null and void if the employer does not know about the pregnancy?. (RI §411461)
  *Vanessa Cordero Gordillo*
  El objetivo del presente trabajo es el análisis de la STS de 18 de abril de 2011 que resuelve la cuestión relativa a si la decisión empresarial de extinguir el contrato de una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba puede ser calificada como nula pese a que la empresa no fuera conocedora del embarazo. A diferencia de la STC 92/2008, en materia de despido, el Tribunal Supremo concluye que el art. 55.5.b) ET no resulta aplicable a la extinción del contrato durante el periodo de prueba, siendo necesario, en consecuencia, que la empresa conozca el embarazo para que su decisión pueda calificarse como nula. No obstante, se trata de una cuestión controvertida en el seno del Tribunal Supremo ya que seis magistrados han formulado un voto particular en el que discrepan de la postura mayoritaria de la Sala.

- El impacto de la falta de habilitación administrativa en la subrogación convencional obligatoria. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2011.
  The lack of administrative empowerment impact in the obligatory subrogation included in collective agreement (related to the judgement of the Supreme Court of 28 of september of 2011 in relation to the appeal in cassation to ensure uniformity of the Law 4376/2010). (RI §411462)
  *Teresa Perea Montes*
  El presente comentario tiene por objeto analizar la interpretación que ha realizado recientemente el Tribunal Supremo sobre las consecuencias que tiene la falta de habilitación administrativa de un vigilante de seguridad, cuando la subrogación obligatoria viene impuesta por el convenio colectivo de aplicación, refiriéndose concretamente a lo dispuesto en el artículo 14 del convenio colectivo de empresas de seguridad.

## NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- Hora ordinaria y hora extraordinaria en empresas de seguridad. El controvertido régimen retributivo de las horas extraordinarias.
  Extraordinary and regular time in security companies. the controversial emoluments of the extraordinary time. (RI §411476)
  *Nieves Rabassó Rodríguez*
  El precio y retribución de las horas extraordinarias ha venido cuestión siendo cuestión controvertida en el sector de la seguridad privada donde el recurso a la superación de los límites legales es harto frecuente. Antigua la polémica, a partir de un conflicto colectivo en la década de los 90, la cuestión no pierde actualidad, propiciando el planteamiento de innumerables demandadas individuales. La problemática se extiende hoy a otros sectores, como sea el de transporte ferroviario, a partir de la pretendida ecuación entre el valor de hora ordinaria y hora extraordinaria y la dificultad para determinar el valor de la primera. En este breve comentario se expone la génesis y desarrollo de una confrontación que no encuentra una solución extrajudicial unitaria ni se solventa por el cauce de la negociación colectiva. A partir de la doctrina legal, han sido recogidas las soluciones que han ofrecido recientemente las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, guidas en general por un régimen de globalización de la totalidad de las percepciones salariales, con exclusión de los pluses de vestuario y transporte para, desde ese total, obtener el valor referente de la hora ordinaria si bien no faltan criterios que apuntan a una tipología de distintas horas ordinarias en función del carácter consolidado o no de complementos de puesto de trabajo.

## DIDÁCTICA DEL DERECHO DEL TRABAJO

- El proceso de Bolonia y la enseñanza del Derecho del trabajo: problema y posibilidad.
  The Bologna process and the teaching of labour law: problems and possibility. (RI §411477)
  *Wilfredo Sanguineti Raymond*
  El presente artículo parte de entender que la formación de los futuros juristas no constituye una cuestión puramente técnica o de mercado, ya que de la orientación que se dé a la misma de-penden nada menos que la calidad y el sentido futuros de la democracia y sus instituciones dentro de nuestra sociedad. En función de esta premisa, somete a la crítica el modelo mercantilista de formación legal que se viene imponiendo sin demasiados cuestionamientos al impulso del de-nominado Proceso de Bolonia, a la vez que desarrolla una propuesta alternativa de renovación de las formas tradicionales de enseñanza del Derecho, basada en la necesidad de adoptar una aproximación realista, axiológica y argumentativa al mismo, con especial atención a su proyección sobre la enseñanza del Derecho del Trabajo.

## DERECHO COMPARADO

- La reforma laboral en Guatemala: socavar el Derecho del trabajo sin modificar la legislación laboral.
  The labour reform in Guatemala. (RI §411463)
  *Miguel F. Canessa Montejo*
  El estudio se plantea responder a la interrogante si se ha producido una reforma laboral en Guatemala, como ha ocurrido en otros países del hemisferio americano y de qué manera se ha implementado. Se apoya en los estudios de flexibilización laboral de los noventa como marco de análisis y en el distingo planteado por Ferrajoli entre derechos y garantías.

© **PORTAL**DERECHO 2001-2024