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 35 OCTUBRE 2013

## ESTUDIOS

- Sobre la inviabilidad económica de la privatización de las pensiones en tres ejemplos relevantes.
  Re-reforms of privatized systems (RI §413825)
  *Carmelo Mesa Lago*
  This article systematically compares and evaluates, at the end of 2012, the three re-reforms of previously privatized pension systems in Latin America (Argentina, Bolivia y Chile). It is divided in three parts: I) description of the structural reforms and the pension private systems or pillars and identification of their advantages and flaws before the re-reforms; II) comparative description of the legal features of the re-reforms and evaluation of their socio-economic effects determining if they have mollified or solved the precious flaws; and III) conclusions: re-reform advantages, problems and pending challenges, recommendations, and potential influence in subsistent private systems in the region. The analysis is based in the fulfillment of ten key principles of social security, forged by ILO conventions/recommendations: social dialogue, universal coverage, equal treatment, social solidarity, gender equity, benefit sufficiency, efficiency and reasonable administrative costs, social participation in management, state role and supervision, and financial/actuarial sustainability. Argentina and Bolivia shut down the private system or pillar and integrated it into the public system, whereas Chile maintained the private system but improving it. The best re-reform performance has been in six principles: coverage, solidarity, gender equity, sufficiency, reasonable administrative costs, state role and supervision. The weakest performance has been in four principles: social dialogue, equal treatment, social participation and, particularly, financial sustainability (except in Chile). All re-reforms have advanced in most social principles, but Argentina and Bolivia face serious long-term challenges in financial/actuarial sustainability.

- Sobre la oportunidad de que la embriaguez y la toxicomanía dejen de ser consideradas causa legal de despido (Desde la inseguridad jurídica hacia un enfoque preventivo asistencial).
  On the chance that habitual drunkenness and drug addiction are no longer considered legal grounds for dismissal (From juridical uncertainty to a preventive and assistential approach) (RI §413826)
  *Juan José Fernández Domínguez*
  El hecho de que la ley conserve la embriaguez y la toxicomanía como causas de despido provoca un doble efecto perverso en el ordenamiento español: de una lado, genera inseguridad jurídica, pues los Tribunales discrepan no sólo respecto de sus condicionantes específicos (habitualidad y repercusión negativa en el trabajo), sino sobre las relaciones norma-convenio en la tipificación y la propia ratio essendi para su mantenimiento, la culpabilidad necesaria; de otro, impide el normal desarrollo de la alternativa legal (y preferente), consistente en la creación de planes de prevención del riesgo y asistencia al trabajador afectado.

- La dudosa legalidad de algunas reformas introducidas por los convenios colectivos posteriores al Real Decreto-ley 3/2012.
  The questionable legality of some reforms introduced by collective bargaining agreements after Royal Decree Law 3/2012 (RI §413827)
  *Francisco Vila Tierno*
  En el año 2012, tras la entrada en vigor de la reforma laboral, se han publicado convenios colectivos cuyas cláusulas no parecen responder al principio de jerarquía normativa en relación a la redacción actual del Estatuto de los Trabajadores. El análisis realizado denota como los negociadores buscan fórmulas de dudosa legalidad para mantener la estructura tradicional del convenio o los efectos del mismo y como, de forma reiterativa, los textos convencionales superan sin problemas el control de la Administración laboral previo a su publicación. En cualquier caso, la aplicación

estricta del referido principio de jerarquía debería suponer la inaplicación del convenio y, cuanto menos, que los negociadores apostaran por nuevas formas de regulación convencional.

- La resolución del contrato de trabajo a solicitud del trabajador por motivos de seguridad y salud laboral: indemnización laboral tasada y responsabilidad civil adicional.
  Termination of the contract upon the request of the employee for reasons of health and safety: compensation and liability additional valuation (RI §413828)
  *J. Eduardo López Ahumada*
  En este trabajo se estudia la figura de la extinción causal del contrato de trabajo a petición del trabajador por motivos de salud y seguridad en el trabajo. En concreto, se analiza el alcance de la justa causa que permite al trabajador instar la resolución de su contrato, lo cual da derecho, en su caso, a una indemnización económica, siempre que se demuestre la conexión causal con el incumplimiento empresarial de referencia. Especialmente, se abordan las principales resoluciones jurisprudenciales y se apuntan algunos efectos derivados de las últimas reformas laborales. Asimismo se profundiza en las posibilidades de reclamar una indemnización complementaria por daños y perjuicios. Esta compensación tiene carácter adicional a la indemnización laboral tasada de treinta y tres días de salario por año de servicio y se presenta en la práctica como un cauce adicional de reparación de los daños y perjuicios sufridos por el trabajador. De este modo, la responsabilidad civil se configura como una vía complementaria de reparación del daño que se une a la indemnización laboral por resolución del contrato, a la responsabilidad objetiva de la Seguridad Social y, en su caso, al recargo de prestaciones sociales.

- La reforma de la negociación colectiva: la pórroga normativa (ultraactividad) de los convenios colectivos. Urgencia de soluciones prácticas eficaces.
  The reform of the collective bargaining: the normative extension of de collective agreements (ultraactivity)- The urgency of practical and effective solutions (RI §413829)
  *José Luis Salido Banús*
  La reforma de la negociación colectiva llevada a término por la Ley 3/2012, de 6 de julio y especialmente los aspectos relativos a la prórroga normativa de los convenios colectivos estatutarios, ha puesto en marcha una gran producción científica con explicación de toda clase de teorías sobre las consecuencias jurídicas de la nueva regulación , si bien la conclusión más extendida entre los tratadistas es que, como en otras ocasiones, dadas las incertidumbres generadas e interpretaciones posibles del nuevo texto, como consecuencia posiblemente de una deficiente técnica legislativa o de una teorización excesivamente simple sobre la materia, habrá que esperar a lo que decidan los tribunales de justicia, especialmente el Tribunal Supremo para que a través de su jurisprudencia casacional, poder conocer definitivamente cual es el alcance de dicha reforma. En las líneas que siguen a continuación se trata de referirse a la literalidad de las normas reformadas, pero sin dejar de lado el análisis de sus ventajas e inconvenientes, así como otros aspectos sociológicos de la meritada Reforma, para entrever como afrontar el proceso desde una perspectiva jurídica con soluciones prácticas, pues la litigiosidad, que ya ha empezado a producir las primeras sentencias , no favorece precisamente la salida de la crisis, también económica, en la que desgraciadamente estamos sumidos.

- La nueva regulación de la aportación a la prestación farmacéutica ambulatoria: un análisis a la luz de la seguridad jurídica.
  The new regulation of the contribution to outpatient pharmaceutical services: an analysis in the light of legal certainty (RI §413830)
  *Elena-Isabel Albaladejo Sobolewski*
  Si bien la modificación del régimen de aportación a la prestación farmacéutica ambulatoria era necesaria, no es menos cierto que esta nueva regulación peca de oscura y no resultaría difícil tildarla de contraria a la seguridad jurídica. Y es que, a la hora de determinar los ingresos de los sujetos pasivos para establecer el porcentaje de aportación que les corresponde, no se tiene en cuenta la situación económica real de los mismos, sino que se prevé su aplicación en base a datos desfasados. Lo anterior obedece posiblemente a las excesivas prisas con las que se puso en marcha este nuevo mecanismo, para el que no estaban preparados ni los ciudadanos ni las propias Administraciones Públicas encargadas de aplicarlo. Y es que, ya lo dice el refrán “las cosas bien hechas, se hacen despacio”.

- La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.
  The economic feature for care of children affected by cancer or another serious disease (RI §413831)
  *Pilar Palomino Saurina*
  La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave resulta de aplicación desde el 1 de enero de 2011. Son sus beneficiarios los padres o personas que tengan en adopción o acogimiento a los menores afectados por la enfermedad citada u otra grave. Es una prestación periódica temporal de naturaleza contributiva y que no busca resarcir al beneficiario por la falta de recursos económicos suficientes, sino compensarle con una renta sustitutiva del salario que deja de percibir.

## LEGISLACIÓN

- La regulación de la jubilación parcial en el Real Decreto 5/2013, de 15 de marzo.
  The regulation of partial retirement Royal Decree Law 5/2013, of 15 march (RI §413832)
  *Lourdes Fraguas Madurga*
  El presente trabajo analiza el régimen jurídico de la jubilación parcial y el contrato de relevo tras la reforma introducida por el Real Decreto Ley 5/2013. El estudio parte de los antecedentes en la materia que han conducido a una nueva regulación que se centra esencialmente en los aspectos referentes a la edad del trabajador, porcentajes de reducción de jornada, período de cotización requerido, duración del contrato de relevo y cotización a Seguridad Social de los nuevos contratos. Asimismo se analiza el problema derivado de las normas transitorias y la recepción por los convenios colectivos de la jubilación parcial.

- Cuestiones prácticas y divergencias legales en la pensión de jubilación tras las últimas reformas.
  Practical questions and differences in the old-age pension after the last reforms (RI §413833)
  *María Antonia Pérez Alonso*
  El presente estudio aborda las reformas más recientes en materia de la pensión de jubilación, básicamente, se trata algunos aspectos de la Ley 27/20111; de otra parte, el RD 1716/2012, sobre el denominado beneficio por cuidado de hijos y, por último, se aborda el RDL. 5/2013. El estudio se centra principalmente en el análisis de las cuestiones controvertidas que la sucesión de normas ha planteado, principalmente, por el RDL. 5/2013, al modificar el régimen transitorio que había sido instaurado por la Ley 27/2011.

## JURISPRUDENCIA

- Determinación por la seguridad social española de la base reguladora de la pensión de jubilación de los trabajadores migrantes en la Unión Europea. A propósito de la S.TJUE de 21 de febrero de 2013, caso Salgado González.
  Determination by the spanish social security of the regulatory base of retirement pension for migrants workers in the European Union (About the ECJ ruling of February 21, 2013, Case C-282/11, Case Salgado González) (RI §413834)
  *Jesús García Ortega*
  Se comenta la STJUE de 21 de febrero de 2013 que trata sobre la determinación de la base reguladora aplicable para calcular la pensión de jubilación teórica española de un trabajador migrante. En este caso, la norma española exigía el cómputo de 180 meses de bases de cotización, pero el trabajador migrante reunía en España un período sustancialmente inferior. El TJUE considera que la salvaguarda de los derechos del trabajador migrante impone en este caso la adaptación de la norma interna sobre la determinación de la base reguladora. Asimismo, se da cuenta de las sentencias del TJUE que tratan sobre otros aspectos relativos a la base reguladora de la pensión de jubilación española de los trabajadores migrantes.

- ¿Es lícito el traslado forzoso de los trabajadores temporales en beneficio de los trabajadores fijos? Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2013.
  Is the forced relocation of temporary workers in benfit of the permanent workers lawful? Commentary to the judgment of the “Audiencia Nacional” of july 29, 2013 (RI §413835)
  *Juan Bautista Vivero Serrano*
  En el presente trabajo se comenta la sentencia de la Audiencia Nacional, de 29 de julio de 2013, que declara contraria al principio de igualdad la prioridad de permanencia de los trabajadores fijos sobre los temporales en el marco del traslado colectivo del grupo de empresas AENA. Solución judicial que merece una severa crítica al desconocer el papel de los principios de mérito y capacidad en el empleo público. Principios que constituyen una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato entre trabajadores fijos y temporales.

- De la calificación de un crédito de la Tesorería General de la Seguridad Social derivado de cuotas satisfechas indebidamente a un trabajador despedido, y del orden en el cobro dentro del concurso de acreedores de la empresa. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León/Valladolid, de 25 de enero de 2012.

About the classification of a credit from the general treasury of social security proceeding from common contingences contributions unduly paid to a dismissed employee, and about the preference in payment of the insolvency procedure of the company. Commentary to the Resolution num.1.859/2011, of the Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León de Valladolid, dated in 2012, January, the 25th (RI §413836)

*Silvia Rodríguez-Rabadán Benito*

Este estudio analiza la posición de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) en un procedimiento concursal. Su crédito frente a la empresa concursada deriva de varias cuotas de cotizaciones por contingencias comunes indebidamente satisfechas a un trabajador de esa misma empresa. La TGSS no comunica su crédito en el procedimiento concursal de la compañía, lo que le coloca en una postura de subordinación en el cobro del mismo con respecto a otros acreedores concursales (art. 158 de la Ley Concursal).

## HISTORIA CULTURAL DE LAS INSTITUCIONES SOCIALES

- Tribunales y órganos conciliatorios laborales en los inicios del siglo XX.
  Courts and conciliatory labor organs in the beginnings of the 20th century (RI §413837)

  *María Dolores Rubio de Medina*

  En este trabajo se analiza la aparición y la evolución de unos tribunales específicos en el ámbito laboral durante el primer cuarto del siglo XX. Los Tribunales Industriales, creados en 1908, no disfrutaron de competencias exclusivas. Este periodo histórico destacó por las reivindicaciones de la clase obrera para regular sus condiciones laborales: jornada, salarios, protección frente a los accidentes, regulación del trabajo de las mujeres y los menores, etc. Para solucionar los conflictos laborales, junto a los órganos judiciales específicos, se crearon organismos paralelos (Tribunales Ferroviarios, Jurados Mixtos, Comités Paritarios, entre otros), que coexistieron los Tribunales Industriales hasta su desaparición definitiva en 1938, con la creación de las Magistraturas de Trabajo.

## DERECHO COMPARADO

- Respuestas del Derecho social francés frente a la crisis económica.
  Responses of french social Law to the economic crisis (RI §413838)

  *Philippe Auvergnon y José Luis Gil y Gil*

  En Francia, el gobierno ha abordado el problema del déficit público. Sin embargo, continúa afirmando que quiere cumplir las promesas electorales del candidato Hollande. Por el momento, las medidas adoptadas corresponden a una forma de regreso al tratamiento social del desempleo, conocido en el pasado y abandonado parcialmente por el gobierno Sarkozy. Parecen haberse “puesto en espera” las medidas anunciadas sobre la protección de los trabajadores frente a la crisis. De modo general, en la actualidad, resulta difícil discernir una o varias lógicas en la acción del gobierno. No obstante, es claro que, alejándose en parte de los discursos de la campaña electoral, constituye una prioridad el apoyo a la recuperación y a la competitividad económica. Con respecto a la presidencia de Nicolas Sarkozy, el único cambio parece estribar en el método. El nuevo gobierno apela a la búsqueda de la competitividad económica por medio del diálogo social. Cabe preguntarse si no hay aquí una verdadera instrumentalización de los interlocutores sociales, y en particular de ciertos sindicatos, que solo puede realizar un gobierno de izquierdas. En cambio, es evidente que el gobierno actual se inscribe en la dinámica anterior de activación y reducción de los gastos sociales. La idea esencial es que el diálogo social debe contribuir a la mejora de la competitividad económica.

- Nuevos sistemas procesales de trabajo en América Latina.
  New work procedural systems in Latin America (RI §413839)

  *Adolfo Ciudad Reynaud*

  Desde inicios del siglo XXI se está produciendo un cambio sin precedentes en América Latina; una auténtica revolución normativa y de gestión del despacho judicial para la adopción de un nuevo sistema procesal del trabajo que aspira a la celeridad de los procesos a través de los principios de oralidad, concentración, inmediación y economía procesal, entre otros. Ocho países hasta el momento han adoptado nuevas leyes y códigos procesales, mientras otros se encuentran en proceso de elaboración de reformas similares. La dificultad central fue siempre la ineficacia del proceso que incurre en dilaciones indebidas y ocasiona la extensa duración de los procedimientos, que en la mayoría de los casos se prologan de manera absolutamente inaceptable para un régimen democrático que pretende la convivencia en paz. Se pretende la adopción de reglas justas del proceso para que los resultados del mismo sean también justos. En el nuevo sistema de juicio si bien destaca la oralidad, han sido diversas las instituciones procesales y las respuestas que cada

país ha abarcado en sus reformas: forma de contestación a la demanda, número de audiencias, sistema de recursos impugnatorios, procedimientos abreviados de menor cuantía (en donde la mayor novedad la constituye el proceso monitorio), las modalidades especiales para la tutela de derechos fundamentales en el trabajo y para los conflictos colectivos, entre otros.

- El acoso moral en el trabajo: una perspectiva global de derecho comparado desde distintos continentes.
  Moral harassment at the workplace: a global perspective of comparative law in different continents (RI §413840)
  *José Sánchez Pérez*
  En el análisis del fenómeno del acoso moral en el trabajo se ha mostrado como un obstáculo tradicional la dificultad en la identificación de los factores de riesgo de naturaleza psicosocial dado su carácter complejo y, a veces, defectuosamente conocido. Ello no ha impedido que, desde los años 90, el acoso en el trabajo haya generado un creciente interés a través de una gran cantidad de artículos doctrinales y de opinión. Se ha propiciado la creación de estrategias a nivel internacional para la atención del problema facilitando en algunos países el desarrollo específico de una legislación ad hoc para su tratamiento. Se puede considerar que no es necesario que exista una ley sobre acoso laboral para que el trabajador encuentre una adecuada protección y se pueda actuar frente al sujeto responsable. Los sistemas de protección tienen su apoyo, por lo general, en las disposiciones de carácter Constitucional sobre derechos fundamentales, en las leyes sobre riesgos laborales, en las obligaciones del empleador que dimanan del contrato de trabajo o en las leyes que prohíben la discriminación. Pese a la consideración precedente el objetivo del presente ensayo procura extender la perspectiva desde la experiencia española hacia la de otros países, intentando identificar las peculiaridades destacables en las diferentes legislaciones y culturas. Se trata básicamente de intentar plantear las recetas aplicadas en países de los cinco continentes para el abordaje del problema, abordarlas críticamente e intentar identificar los avances que se hayan podido producir en los mismos. En modo añadido, dirigimos nuestra mirada hacia el objetivo de intentar mejorar el sistema actual desde la doble perspectiva preventiva y reparadora.

- La libertad sindical en Honduras.
  The freedom of association in Honduras (RI §413841)
  *Miguel F. Canessa Montejo*
  El estudio analiza la libertad sindical en Honduras tomando como criterio metodológico los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que evalúan el ordenamiento nacional del país. Bajo este criterio se identifican las incompatibilidades entre la Libertad Sindical recogido en los Convenios Nos. 87 y 98 de la OIT y las normas nacionales.

© **PORTAL**DERECHO 2001-2024