

MISCELÁNEA NORMATIVA

¿Es jurídicamente viable el contrato único?

Jesús Lahera Forteza

Consultor Abdón Pedrajas & Molero
Profesor Titular de Derecho del Trabajo UCM

COMENTARIOS NORMATIVOS

Alcance subjetivo del derecho a la reducción de jornada: sujeto causante

María Orio González

Abogada Abdón Pedrajas & Molero

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Control empresarial del correo electrónico vs. Derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones

Antonio Pedrajas Quiles

Socio-Director Organización Abdón Pedrajas & Molero

CONTRACT

¿ES JURÍDICAMENTE VIABLE EL CONTRATO ÚNICO?

Jesús Lahera Forteza,

Consultor Abdón Pedrajas & Molero
Profesor Titular de Derecho del Trabajo UCM
jlf@abdonpedrajas.com.

La Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA) está desde hace años proponiendo un modelo de contrato indefinido único en nuestro mercado laboral con una indemnización progresiva en el despido. Esta propuesta ha tenido cierta receptividad en las recomendaciones europeas a España, así como en instancias internacionales, y forma parte del continuo debate laboral. El contrato único, desde estas tesis, corregiría la persistente dualidad del mercado de trabajo español entre fijos y temporales. El punto de partida de este debate debe ser la viabilidad jurídica o no de un contrato único, antes de poder valorar sus efectos y posibles consecuencias.

La propuesta del contrato indefinido único tiene dos versiones distintas con el denominador común de una indemnización progresiva de despido en función de la antigüedad del trabajador y la derogación de los contratos temporales vigentes.

En una **primera versión** de 2009, FEDEA propuso introducir un contrato indefinido único que *“unificaría las causas del despido, manteniendo la tutela judicial para los despidos por razones discriminatorias”*. La propuesta parecía intentar articular un despido libre, con una indemnización creciente, quedando reducido el control judicial a los derechos fundamentales y las razones discriminatorias con el efecto de la nulidad extintiva.

En una **segunda versión** de 2012 y 2013, más elaborada tras un diálogo económico-jurídico, FEDEA propuso introducir un contrato indefinido único *“con indemnizaciones que crezcan gradualmente hasta alcanzar un máximo razonable y dos escalas de indemnización para recoger las causas de despido procedente e improcedente”*. El giro de esta segunda versión es evidente porque integra el despido causal en la senda creciente de indemnizaciones con dos escalas dependiendo de la procedencia o improcedencia, quedando a su vez intacto el control judicial de la nulidad.

La **primera versión** de la propuesta de contrato indefinido único es muy difícil de compatibilizar con el convenio 158 OIT, el art. 30 de la carta europea de derechos fundamentales, incorporada al tratado de la UE, y el art. 35.1 CE, dentro de la lógica causal que domina en nuestra tradición jurídica la regulación del despido.

El convenio 158 OIT, ratificado por España, exige protección frente al despido injustificado, al igual que el art. 30 de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, incorporada al tratado de la UE. Es difícil interpretar que dicha protección puede quedar limitada a razones discriminatorias. El art. 4 del convenio 158 OIT declara que *“no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades*

de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio". El despido, como regla general, debe ser causal sin perjuicio de las posibles excepciones previstas en el propio art. 2 del convenio 158 OIT. Una consecuencia similar parece desprenderse del art. 30 de la carta europea de derechos fundamentales al proclamar que *"todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado"*, más aún si se pone el precepto en conexión con la directiva 98/59 de despidos colectivos *"por motivos no inherentes a la persona del trabajador"*, que ejerce de causa de referencia y confirma el rechazo a un despido libre generalizado.

El despido debe ser causal, aunque las causas por *"necesidades de funcionamiento de la empresa"* -en el lenguaje de la OIT- o por *"razones no inherentes a la persona del trabajador"* -en el de la UE- pueden ser muy amplias y flexibles conforme a la legislación nacional aplicable. Desde esta premisa, ambas bases jurídicas parecen exigir una compensación económica adecuada ante despidos injustificados -sin causa-, también conforme a la ley nacional correspondiente. Por ello, con mayor concreción, el art. 24 de la carta social europea declara *"el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada"*.

Esta primera versión, a su vez, puede tener problemas constitucionales desde la base del derecho al trabajo del art. 35.1 CE, que, conforme a la jurisprudencia constitucional, parece implicar una prohibición del despido libre en nuestro marco normativo laboral. La STC 20/1994 afirma que *"la reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, abstracción hecha del procedimiento para ello como factor formal de garantía y de las consecuencias que acarree legalmente, y en especial las económicas, indemnización, es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en el art.35.1 ET ... la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría el Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho conforme el art.1 CE"*. Aun así, a diferencia de los comentados textos internacionales y europeos, no existe en la CE un derecho a no ser despedido sin causa o una exigencia de protección en despidos injustificados, lo que permite cierto debate, aunque muy condicionado por estas obligaciones jurídicas de España y por esta conexión del TC con el derecho al trabajo del art. 35.1 CE. Existen más



No es lógico que sean equiparables un despido por conducta del trabajador con otro en interés de la empresa, con la misma consecuencia jurídica)

impedimentos desde la norma de la OIT y de la UE que desde la CE, pero el riesgo de inconstitucionalidad merece ser valorado.

Otra dificultad de esta primera versión del contrato único es la dificultad práctica de romper la diferencia entre despidos personales, por comportamiento del trabajador, y despidos en interés de la empresa, por motivos no inherentes a la persona del trabajador, tal como diferencian los antes reseñados textos normativos de referencia internacionales (convenio OIT 158) y europeos (art. 30 de la carta europea y directiva 98/59), desarrollados por España en los arts.49 y ss ET. No es lógico que sean equiparables, en una sola causa, un despido por conducta del trabajador con otro en interés de la empresa, con la misma consecuencia jurídica, así como una decisión arbitraria con otra razonada por la situación económica empresarial.



El debate sobre el contrato único debe plantearse en sus consecuencias y efectos, en sus ventajas y riesgos, como opción de cambio de la contratación laboral en un modelo dominado por la alta temporalidad)

La difícil viabilidad jurídica de esta primera propuesta explica la segunda y definitiva versión del contrato único. En esta **segunda versión**, se propone introducir un contrato indefinido único *“con indemnizaciones que crezcan gradualmente hasta alcanzar un máximo razonable y dos escalas de indemnización para recoger las causas de despido procedente e improcedente”*.

Esta doble escala creciente indemnizatoria de despidos procedentes e improcedentes respeta la lógica causal del convenio 158 OIT y el art. 30 de la carta europea de derechos fundamentales, conexas a la directiva 98/59, porque formalmente existe un despido justificado y otro injustificado que presume un sistema de causas integrado en el contrato único.

De igual modo, la distinción entre procedencia e improcedencia aceptada finalmente en el contrato indefinido único permite articular la

división del convenio OIT 158 y de la directiva europea 98/59 entre razones personales y empresariales del despido, así como articular las exigidas fórmulas de consulta sindical en las extinciones de dimensión colectiva. Se impone la lógica y la racionalidad de tratar de manera diferente la conducta del trabajador y el interés de la empresa en el sistema de despido con realmente tres escalas, coste cero para el despido disciplinario procedente e indemnizaciones progresivas, menor en el procedente por razón empresarial y mayor en el improcedente. Todo ello sin perjuicio del control judicial de la nulidad extintiva por vulneración de derechos fundamentales y razones discriminatorias.

Las mismas razones cabe argumentar para defender la constitucionalidad de esta opción técnica. Desde el momento en que el despido es causal y se diferencia entre procedencia e improcedencia, quedan superadas todas las dudas en torno a las consecuencias del art. 35.1 CE, en la interpretación del TC, porque el despido ya no es libre. La lógica de la causalidad del despido se integra formalmente en el contrato único dentro de lo que es nuestra tradición jurídica reflejada en los vigentes arts. 49 y ss ET.

La confrontación de las cuantías progresivas del despido con las exigencias de la compensación económica adecuada del despido injustificado debería ser valorada a la luz también de las exigencias internacionales, europeas y, según el TC, del art. 35.1 CE. No queda fuera del control la cuantía establecida porque la reparación económica del despido injustificado debe ser adecuada y responder a la finalidad de este conjunto normativo. Por ello, el despido procedente por razón empresarial tendría que tener una escala indemnizatoria sustancialmente menor que el improcedente para justificar la adecuación de la compensación a la falta de causa extintiva. Sin perjuicio, por supuesto, del control judicial de la nulidad del despido, que es exigencia del respeto a la tutela antidiscriminatoria y al resto de derechos fundamentales del trabajador.

El contrato único, con estos ingredientes, es plenamente viable en nuestro marco jurídico. El debate sobre el contrato único debe plantearse, por tanto, en sus consecuencias y efectos, en sus ventajas y riesgos, como opción de cambio de la contratación laboral en un modelo dominado por la alta temporalidad, sin que, como a veces sucede, pueda ser jurídicamente descalificado, al menos en la versión definitiva de sus propios promotores.)

Alcance subjetivo del derecho a la reducción de jornada: sujeto causante

María Orio González,

Abogada Abdón Pedrajas & Molero. mog@abdonpedrajas.com

El artículo 37.5 ET reconoce a quien ostente la patria-potestad, acogimiento, o tutela de un menor de hasta 8 años, el derecho a reducir su jornada diaria entre un mínimo de un octavo y un máximo de la mitad de la misma. Se trata de un derecho individual de los trabajadores que puede ser disfrutado por ambos padres de manera simultánea, sin importar la unión que exista entre ellos.

No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen el derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. En ese sentido, el problema de la titularidad del derecho puede producirse cuando la misma recae sobre los miembros de una pareja que trabajen en la misma empresa, generando el derecho por el mismo sujeto causante.

En estos casos, haciendo una interpretación literal del precepto, no puede considerarse como norma general que solo corresponda a uno de ellos la solicitud del derecho. En efecto, así lo confirma el hecho de que el precepto legal (vid art. 37.5 *in fine*) condicione las facultades limitativas empresariales a que existan razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

Además, haciendo una interpretación finalista del precepto, si el objetivo de la reducción es conciliar vida familiar y laboral, el ordenamiento debe respetar y proteger la decisión en caso de que ambos quieran colaborar en las tareas familiares. Ambos pueden necesitar y tener derecho a la adaptación de su jornada, máxime cuando eso es lo que mejor puede permitirles conciliar los tres aspectos de su vida: personal, familiar y laboral.

Tratándose de un derecho reconocido fundado por un principio constitucional, el empresario no puede oponerse, sin más, al derecho a

la reducción de jornada que le fuera solicitado por los dos progenitores, pero sí al modo en que pretenda ser ejercitado ese derecho, es decir, respecto a la concreción horaria y simultaneidad del mismo, que podrá limitar por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

Ahora bien, el citado art. 37.5 ET no ha contemplado expresamente qué ocurre cuando ese derecho se genera por dos trabajadores de la misma empresa sobre distinto sujeto causante, es decir, por otro hijo o más de la pareja.

Considero que en los supuestos en los que los dos miembros de la unidad familiar pretenden ejercitar ese derecho prestando servicios en la misma empresa, el empresario no se podrá negar a concedérselo a cada uno de ellos si fuera para distintos familiares a cargo. Incluso, como se ha expuesto, la reducción podría solicitarse de manera simultánea para el cuidado del mismo familiar, pudiendo la empresa oponerse únicamente cuando concurren razones justificadas de funcionamiento. Ello, en tanto en cuanto, por un lado, y de conformidad con una interpretación literal del precepto, la posibilidad de limitar el derecho a uno de los progenitores se ciñe a los supuestos en que exista un único sujeto causante. Por otro, al hecho de que el objetivo del precepto no es sino adecuar la jornada laboral a las características y responsabilidades familiares.

Por ello, una eventual negativa debería fundamentarse en concretas, justificadas y graves dificultades de funcionamiento empresarial que argumentan la imposibilidad de que ambos progenitores, aún por sujetos causantes distintos, simultaneen su derecho. Aun así, la oposición al ejercicio simultáneo de ambas reducciones por el simple hecho de pertenecer ambos a la misma empresa implicaría un elevado riesgo de nulidad de la medida, debiendo señalarse la importancia de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto de cara a hacer prevalecer el interés empresarial o el familiar.)

Control empresarial del correo electrónico vs. Derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones

Antonio Pedrajas Quiles,

Socio-Director Organización Abdón Pedrajas & Molero. apq@abdonpedrajas.com.



COMENTARIO SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 7 DE OCTUBRE, REC. 2907/2011. PONENTE:, D. ANDRÉS OLLERO TASSARA

1. La repercusión mediática de la reciente STC de 7 de octubre de 2013 exige, cuando menos desde la óptica del derecho laboral, un análisis esquemático de su contenido, así como una reflexión respecto a su posible aplicación práctica en la empresa.

El objeto de recurso de amparo era valorar la licitud o ilicitud respecto a la admisibilidad de las pruebas que justificaron la procedencia de un despido disciplinario. En concreto, se cuestionaba si la obtención de correos electrónicos y sms a través de medios propiedad de la empresa -cuenta correo corporativa, ordenador y teléfono móvil- vulneraba el derecho a la intimidad

(art. 18.1 CE) y al secreto a las comunicaciones del trabajador despedido (art. 18.3 CE).

Todo ello, con el dato novedoso respecto a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de septiembre de 2007 (Vid comentario OBS N° 20 – Enero 2008), de que en la empresa no existía un protocolo expreso de uso de sus medios informáticos o información expresa a los trabajadores respecto del establecimiento de controles de cumplimiento de esas normas y de los medios por los que se realizarían.

Por el contrario, la empresa sostenía que sus facultades de control y vigilancia de la actividad -incluyendo en la misma el control del contenido del correo electrónico y comunicaciones profesionales- emanaban directamente del poder establecido en el art. 20.3 ET, en relación con el principio constitucional de libertad de empresa (art. 38 CE). Todo ello sobre la base de que el convenio colectivo de aplicación (industria química) tipificaba como falta leve el uso para fines no profesionales de los medios informáticos empresariales.

2. Centrado así el debate, la cuestión a resolver era si la ausencia de un protocolo empresarial de uso y control de los medios informáticos imposibilitaba una posterior fiscalización o si, por el contrario, tal facultad emanaba de una mera previsión de convenio.

No cabe duda de que la ordenación y regulación del uso y control de los medios informáticos de la empresa tiene que realizarse con pleno respeto al trabajador, sin que este se vea despojado de sus derechos fundamentales en el marco de la relación laboral. Ahora bien, lo que no resulta admisible es realizar una interpretación absoluta de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en el marco de la rela-

ción laboral, por cuanto estos pueden entrar en conflicto con otros bienes jurídicos del empresario que también deben protegerse -derecho a la propiedad (art. 33 CE) o libertad de empresa (art. 38 CE)-.

3. Sobre esta base, la STC concluye que la expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad empresarial de controlar su uso, al objeto de verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la exigencia de buena fe.

Con ello, desestima la petición de amparo, confirmando que la obtención de las pruebas no vulneró los derechos fundamentales a la intimidad o al secreto de las comunicaciones.

4. Nos encontramos ante un pronunciamiento judicial lógico y acertado, cuya principal novedad radica en que, en defecto de existencia de un protocolo empresarial, la previsión convencional también podría justificar una actuación fiscalizadora de la empresa. Ello, sobre la base de que la previsión de convenio enervaría la existencia de una previsión razonable de confidencialidad.

No es admisible realizar una interpretación absoluta de los derechos fundamentales del trabajador por cuanto estos pueden entrar en conflicto con otros bienes jurídicos del empresario que también deben protegerse)

Ahora bien, sin negar la importancia de la STC, no debe olvidarse de que serán las circunstancias de cada caso las que finalmente determinen si la obtención de pruebas por la empresa ha generado o no la vulneración de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, tendrá que atenderse al contenido de cada convenio colectivo, siendo esta sentencia referida únicamente al sector químico. Además, más allá de la previsión de convenio, sigue resultando altamente recomendable que la empresa fije las pautas de actuación, estableciendo las normas de uso de los medios informáticos, así como fijando los controles de cumplimiento de las mismas.)

BREVES

* **CONTRATOS DE TRABAJO.** Comunicación a los Servicios Públicos de Empleo.- Orden ESS/1727/2013, de 17 de septiembre, por la que se modifica la Orden TAS/770/2003, de 14 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 1424/2002, de 27 de diciembre, por el que se regula la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a

los Servicios Públicos de Empleo, y el uso de medios telemáticos en relación con aquélla. *BOE 27 de septiembre de 2013*)

* **EMPRENDEDORES.** Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. *BOE 27 de septiembre de 2013*)

Información elaborada por:

Abdón Pedrajas & Molero
ABOGADOS & ASESORES TRIBUTARIOS

www.abdonpedrajas.com