

F. O. L. / CURSO: 2013-2014

TEMAS: 21, 24 y 36

MATERIAL ELABORADO POR: Pilar Pardo.

CUESTIONARIO

- 1) **Territorialidad del Derecho Laboral: Jaime Jiménez** trabaja para Telefónica España, empresa por la que fue contratado en octubre de 2010. En abril de 2012 el departamento de Recursos Humanos le comunica que debe prestar sus servicios en Marruecos durante tres años. Cuando llega a su nuevo puesto de trabajo se encuentra con que sus condiciones laborales han cambiado y tiene una jornada laboral, un salario y un régimen de vacaciones distinto. ¿Tiene derecho la Empresa a trasladar a Jaime? ¿Tendría la empresa que mantener sus condiciones laborales en Marruecos? ¿Que opciones tiene Jaime?
- 2) **Trabajo asalariado por cuenta ajena y trabajador autónomo económicamente dependiente: Natalia de la Torre**, es diseñadora web y trabaja para distintos clientes como freelance, con la crisis ha reducido dicha clientela a tres clientes, y uno de ellos, la empresa “Todolibros.com” le proporciona el 80 % de su facturación. Natalia se pregunta si en realidad no es una trabajadora por cuenta ajena o lo que se conoce como falsa autónoma y está pensando reclamarlo legalmente. ¿Qué le aconsejarías?
- 3) **Costumbre laboral por remisión: Luis Leante**. tiene establecido en su contrato que la distribución anual de sus vacaciones se producirá según la costumbre en la empresa. Este año su empresa le ha comunicado que por motivos organizativos la empresa debe cerrar en agosto y debe coger todas sus vacaciones en este mes, cuando la costumbre en la empresa era que pudiera disfrutar la mitad de las vacaciones en los meses de junio, julio, agosto o septiembre por turnos rotatorios en cada departamento. ¿Puede la empresa obligarlo a tomar sus vacaciones en agosto?
- 4) **Propietaria de la empresa y Trabajadora por cuenta ajena. Victoria Vázquez** es gerente en una empresa inmobiliaria y socia con una participación en el capital social de la misma del 5 %. En la actualidad se encuentra dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Recientemente la empresa le ha propuesto aumentar dicha participación hasta un porcentaje del 30 % y se pregunta si puede seguir manteniendo su condición de trabajadora por cuenta ajena. Como su marido es socio de dicha empresa, ha pensado que quizá podría cederle el 15 % y así mantener su contrato. ¿Es esto posible?
- 5) **Principios de Aplicación del Derecho del Trabajo**. Los trabajadores del departamento de consultoría de una multinacional firmaron en Convenio Extraestatutario de fecha 01 de octubre de 2012 un complemento salarial por productividad que se devenga semestralmente en función del número de emergencias atendidas en cliente fuera de horario laboral. Laura Blázquez es contratada por mencionada multinacional el 01 de noviembre de 2012 y su contrato laboral no recoge ninguna cláusula sobre dicho complemento. No obstante el Convenio Colectivo firmado por la empresa y los representantes de los trabajadores el 01 de enero de 2013, establece un complemento de disponibilidad que se devenga mensualmente por la posibilidad de hacer salidas a clientes fuera de horario laboral. ¿Tiene derecho Laura al

complemento de productividad igual que todos sus compañeros de departamento? ¿Y al del disponibilidad?

- 6) **Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente.** Samuel Segovia es un profesional electricista que está dado de alta como trabajador autónomo siendo su principal cliente la cadena de hoteles Meliá. En la actualidad el 90 % de su facturación depende de dicho cliente. Samuel se plantea las siguientes cuestiones:
- a) ¿Podría solicitar la formalización de un contrato como trabajador autónomo económicamente dependiente?
 - b) ¿Si su cliente se niega a formalizar el contrato deberá acudir a la jurisdicción social o a la civil?
 - c) ¿Podría contratar a un ayudante?
- 7) **Acuerdo extrajudiciales de resolución de conflictos.** ¿Qué es el ASEC IV?
- 8) **Aplicación en el tiempo de las normas laborales.** ¿Qué ocurre si expira el plazo máximo convencional o legal de negociación de un Convenio Colectivo sin que se llegue a un acuerdo?
- 9) **Ley de la Jurisdicción Social, 36/2011, de 10 de octubre.** ¿Cuáles son las principales novedades de la nueva Ley de la Jurisdicción Social, 36/2011 de 10 de octubre?
- 10) **Reclamación Previa a juicio.** ¿Qué pretensiones están excluidas del trámite procesal previo de la Conciliación Extrajudicial o de la Reclamación Administrativa previa?

- Solución 1). Territorialidad del Derecho Laboral.

El artículo 1.4 del ET establece que *“La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español.”*

En este escenario se nos plantean varias hipótesis:

- a) Si la empresa en Marruecos sigue siendo Telefónica España, estamos hablando de un traslado dado que el tiempo de permanencia en el nuevo centro de trabajo es superior a doce meses en tres años. (art. 40.4 E.T.). Si el trabajador ha firmado cláusula de movilidad geográfica estará obligado a realizar el traslado y no le serán de aplicación las condiciones establecidas para dichos traslados que también son ejecutivos pero pueden ser reclamados (preaviso de 30 días y que existan razones económicas, técnicas, organizativas o de producción). En cualquier caso como se trata de un trabajador español contratado en España que va a prestar servicios para una empresa en el extranjero, deberá sus condiciones laborales deberán ser las españolas.
- b) Si el trabajador a firmado nuevo contrato, el mismo estará sometido a las condiciones mínimas de jornada, vacaciones anuales y condiciones económicas establecidas en su Convenio Colectivo o en caso de que no tuviera en el Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, todas las condiciones laborales de la legislación marroquí que incumplan dichos mínimos, se entenderán por no válidas, siendo sustituidas por las que marca nuestra legislación, que actuaría como suelo de derechos laborales.
- c) Si el trabajador continúa con su contrato de trabajo, debe mantener las mismas condiciones que en este se establecían o estaríamos ante un supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 39 del ET, que tendría que estar justificado y que igualmente no podrían incumplir los mínimos de la legislación laboral.
- d) Podría darse el caso de que el trabajador cambiase de empresa del mismo grupo: “Telefónica Marruecos”, en este caso estaríamos en el supuesto b), dado que si es contratado en España por una empresa española en el país extranjero debe respetarse la legislación laboral.

- Solución 2). Trabajo asalariado por cuenta ajena y trabajador autónomo económicamente dependiente.

El artículo 1.1 del ET considera incluidos dentro de su ámbito de aplicación: *“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 este caso, carecemos de datos suficientes para determinar si Natalia cumple todas estas condiciones, el hecho de que facture a “Todolibros.com” el 80% del total de su producción no significa que entre esta empresa y la trabajadora exista una relación por cuenta ajena y dependiente. Estas serían las dos notas configuradoras del derecho del trabajo que sería necesario probar, para ello, habría que examinar elementos como: utilización de medios de la empresa para la

producción, sometimiento a un horario, realización del trabajo en el espacio físico de la empresa, realización de la actividad bajo la organización y las órdenes de la empresa, propiedad del resultado de la actividad de la trabajadora. Si no se dan estas características estaríamos hablando de una relación laboral por cuenta propia, con notas de dependencia hacia uno de los clientes con los que trabaja (80 % de facturación), que podría encuadrarla en la figura jurídica de “Trabajadora Económica Dependiente”, regulada en el Ley 20/2007, de 22 de julio del Estatuto del trabajador Autónomo (en adelante E.A) como: *“aquéllos 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 ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales” (art. 11 EA).*

Además de estas notas conceptuales éste deberá reunir simultáneamente las siguientes condiciones:

1. No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros.
2. No ejecutar su actividad de manera conjunta con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier forma contractual para el cliente.
3. Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente.
4. Desarrollar su actividad bajo criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pueda recibir de su cliente.
5. Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo el riesgo y ventura de aquélla.

Por tanto Natalia, encajaría en esta categoría, dado que podemos suponer que si ha tenido más clientes cumplía las condiciones de un trabajador autónomo hasta que ha empezado a depender de sólo un cliente.

“Todolibros.com” y Natalia podrían firmar un contrato por escrito y registrarlo en una oficina pública, bien por un tiempo determinado, o indefinido, los requisitos y condiciones de este contrato serán los establecidos en el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo.

LEGISLACIÓN:

- ⤴ Ley 20/2007, de 22 de julio del Estatuto del trabajador Autónomo.
- ⤴ Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.
- ⤴ Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos
- ⤴ LEY 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

- Solución 3). Costumbre laboral por remisión.

La costumbre laboral viene recogida en el ET como fuente de derecho del trabajo sólo de manera subsidiaria, es decir sólo en el caso de laguna jurídica y de que no exista otra norma legal o convencional, nunca puede ir en contra de la moral o el orden público, debe ser local y profesional y a diferencia que la norma debe ser probada no rigiendo el principio *iura novit curia*.

En el presente caso, no obstante, estaríamos ante lo que la doctrina llama “costumbre por remisión” dado que ha sido incorporada, si bien de forma genérica al contrato del trabajador. Aplicaríamos por tanto el artículo 3.4 del ET que señala: “los usos y costumbres sólo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa”.

Ahora bien, si existen motivos organizativos reales como el cierre de la empresa en agosto, estaríamos ante una modificación de las condiciones de trabajo del artículo 41.1b): “Horario y distribución del tiempo de trabajo”, y habrá que estar a lo establecido en este artículo para su modificación.

- Solución 4): Propietaria de la empresa y Trabajadora por cuenta ajena.

Según el artículo 1.1. del Estatuto de los trabajadores se incluirán dentro de su normativa “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 el presente supuesto la ley delimita cuando se cumple la condición de dependencia, o el estar “bajo el ámbito de organización y dirección del empleador”, que establece dicho artículo, mediante los requisitos que deben concurrir para que se entienda que un trabajador posee el control efectivo de la empresa y que vienen establecidos en la Disposición Adicional Vigésimo Séptima del Estatuto del Trabajador autónomo, Ley 20/2007, de 22 de marzo, y que establece que salvo prueba en contrario se presumirá que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando se den las siguientes circunstancias:

1. Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.
2. Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.
3. Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad

Por tanto, si la trabajadora participa en el capital social en un 30 %, esto supone más de una cuarta parte del mismo y como realiza funciones de gestión se considerará salvo prueba en contrario que posee control efectivo sobre dicha empresa y por tanto adquirirá la condición de trabajadora autónoma debiendo darse de alta en este Régimen Especial.

Si sólo participa en un 15 % podrá mantener la condición de asalariada. Podría además cederle el 15 % a su marido dado, que entre los dos no alcanzarían la mitad del capital de la sociedad, circunstancia que de darse le haría perder su condición de asalariada.

- Solución 5): Principios de aplicación del Derecho del Trabajo.

El complemento de productividad es una condición laboral que se ha pactado en un Convenio Colectivo Extraestatutario, es decir sin seguir los requisitos procedimentales del Título III del ET, y que, por tanto, es aplicable sólo a los trabajadores que en ese momento estaban representados en la firma del convenio, su naturaleza por tanto es contractual y no normativa. Si la empresa no ha incluido esa cláusula en el contrato de la trabajadora, ésta no tendrá derecho a dicho complemento, dado que no estaba en la empresa cuando se firmó el acuerdo, salvo que se especificara que sería de aplicación sobre la contratación de nuevos trabajadores.

En cambio el complemento de disponibilidad será directamente aplicado a la trabajadora, dado que se trata de una condición laboral pactada en Convenio Colectivo estatutario, posee por tanto eficacia normativa y según el principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 3.1 del ET, se aplicará sobre todos los trabajadores de la empresa salvo, norma más favorable que pudiera contemplarse en sus contratos de trabajo. (Art. 3,3 ET)

- Solución 6): Trabajador autónomo económicamente dependiente.

a)

El artículo 11.1 del Estatuto de Trabajador Autónomo establece que se considerarán como tales aquéllos 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 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.”

Por tanto, Samuel podría considerarse un trabajador económicamente dependiente siempre y cuando además cumpliera los siguientes requisitos (artículo 11.2 del Estatuto):

1. No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes.
2. No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.
3. Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.
4. Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.
5. Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.

b)

Si concurren estas circunstancias, Samuel podrá pedir mediante una comunicación fehaciente a su cliente, que éste formalice un contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente, que se formalizará siempre por escrito y debe ser registrado en la oficina pública correspondiente. Cuando no se fije duración se presumirá indefinido. (Artículos 11bis y 12 del Estatuto del Trabajador Autónomo).

Si transcurrido un mes desde la comunicación a su cliente no se formalizara el contrato Samuel podrá acudir a la Jurisdicción Social. Si bien previamente deberá intentar la conciliación o mediación previas ante el órgano administrativo que se establezca.

c)

Según se establece en el artículo 11.2, para que un trabajador autónomo tenga la condición de económicamente dependiente no podrá tener trabajadores a su cargo.

- Solución 7): Acuerdo extrajudiciales de resolución de conflictos.

Es el IV Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos firmado en 2009 por las organizaciones empresariales y los sindicatos más representativos, para la articular un procedimiento de resolución de conflictos alternativo a la vía judicial. Para ello fue creado en 1998, con la firma del ASEC I y por dichas organizaciones y sindicatos el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (**SIMA**), que es un organismo no público, pero supervisado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social que cuenta con recursos de naturaleza pública.

- Solución 8): Aplicación en el tiempo de las normas laborales.

Se acudirá a los procedimientos de resolución de discrepancias que establezcan los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, incluido el arbitraje. (Art. 86 TRET) Hasta que éstos sean establecidos la Disposición Adicional Primera del Real Decreto Ley 11/2007 de 10 de junio de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, establece la obligatoriedad de someter el proceso de negociación colectiva al arbitraje, cuando no se consiga llegar a acuerdo y se agoten dichos plazos.

- Solución 9): Ley de la Jurisdicción Social, 36/2011, de 10 de octubre.

1. Delimita el ámbito competencial del orden social para evitar conflictos con la jurisdicción civil y contencioso-administrativa.
2. Incluye en su ámbito de aplicación cualquier pretensión dentro del ámbito laboral, sindical o de seguridad social. Incluye como novedad aquellas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como las impugnaciones de las Administraciones Públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre estas materias. (Art. 1 LJS) También quedan incluidas las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre un trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente, así como para las solicitudes de reconocimiento de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente (Artículo 17 de la Ley 20/2007 de 11 de julio del Trabajador Autónomo, modificado por la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social).
3. Crea el proceso monitorio. (Art. 106 LJS)
4. Establece un procedimiento especial para la impugnación de actos de la administración en materia laboral y de Seguridad Social de contenido no prestacional. (Arts. 151 y ss)

LJS)

5. Se establece el acoso de forma específica como vulneración de derechos fundamentales y por tanto susceptible de ser denunciado en dicho proceso especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. (Art. 177 LJS)
6. Extiende la intervención obligatoria del Ministerio Fiscal en muchos de los procesos.
7. Contempla la posibilidad del acceso a la documentación por medios telemáticos.
8. Establece el recurso de casación en interés de ley, que puede ser promovido de oficio por el Ministerio Fiscal o a instancia de los sindicatos, organizaciones empresariales o asociaciones representativas de los trabajadores autónomos.
9. Establece la inversión de la carga de la prueba en los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. (Art. 96 LJS)
10. Amplia las funciones del Secretario Judicial.
11. Recoge las recientes reformas sustantivas producidas en la normativa laboral.

- Solución 10). Reclamación Previa a juicio.

La conciliación o mediación extrajudicial son obligatorias en la jurisdicción social para el inicio de cualquier proceso excepto en los supuestos que contempla la propia Ley de Jurisdicción Social, 36/2011, de 10 de octubre, (LJS) en su **artículo 63**.

Se exceptúan de la conciliación o mediación previas:

1. Los procesos que exijan la reclamación previa en vía administrativa u otra forma de agotamiento de la misma, en su caso, los que versen sobre Seguridad Social, los relativos al disfrute de vacaciones y a materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el art. 139 LJS, los iniciados de oficio, los de impugnación de convenios colectivos, los de impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación, los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, los procesos de anulación de laudos arbitrales, los de impugnación de acuerdos de conciliaciones, de mediaciones y de transacciones, así como aquellos en que se ejerciten acciones laborales de protección contra la violencia de género.
2. Aquellos procesos en los que siendo parte demandada el Estado u otro ente público también lo fueren personas privadas, siempre que la pretensión hubiera de someterse al trámite de reclamación previa en vía administrativa o a otra forma de agotamiento de la misma y en éste pudiera decidirse el asunto litigioso.
3. Los supuestos en que, en cualquier momento del proceso, después de haber dirigido la papeleta o la demanda contra personas determinadas, fuera necesario dirigir o ampliar la misma frente a personas distintas de las inicialmente demandadas.

De igual forma aunque la norma general para acudir a la jurisdicción social es el agotamiento de la vía administrativa previa, la propia LJS establece en su **artículo 70** las siguientes excepciones:

Se exceptúan del requisito de reclamación previa los procesos relativos a:

1. Disfrute de vacaciones, materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, procedimientos de oficio, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, tutela de derechos fundamentales

y libertades públicas, siendo en estos últimos potestativo, y reclamaciones contra el Fondo de Garantía Salarial, al amparo de lo prevenido en el art. 33 del TRET.

2. No será necesario agotar la vía administrativa para interponer demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical, si bien el plazo para la interposición de la demanda será de veinte días desde el día siguiente a la notificación del acto o al transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites; cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa o en actuación en vías de hecho, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, el plazo de veinte días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación contra la inactividad o vía de hecho, o desde la presentación del recurso, respectivamente.

3. También se exceptúa del requisito de reclamación previa el ejercicio de las acciones laborales derivadas de los derechos establecidos en la [Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género](#).