



Universidad de Valladolid



MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

“DECISIONES EMPRESARIALES DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO Y DERECHOS DEL TRABAJADOR”

Presentado por María Herrero de Pablos.

Tutelado por Dr.^a M^a Milagros Alonso Bravo.

Valladolid, enero de 2022.

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL DICTAMEN.....	3
2.- SUPUESTO DE HECHO DEL CASO.....	4
3.- PLANTEAMIENTO CONCEPTUAL.....	6
3.1.- EL SISTEMA DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL.....	6
3.2.- EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO (ERTE).....	9
3.3.- LOS TIPOS DE PROCEDIMIENTOS LABORALES.....	10
4.- CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....	13
5.- FUNDAMENTOS DEL DICTAMEN.....	14
5.1.- APROXIMACIÓN INICIAL A LA RESOLUCIÓN DEL SUPUESTO.....	14
5.2.- COMPETENCIA OBJETIVA, FUNCIONAL Y TERRITORIAL PARA CONOCER DE LAS DISTINTAS ACCIONES.....	15
5.3.- OPCIONES DE ACUMULACIÓN DE ACCIONES.....	16
5.4.- VIABILIDAD DE LA RECLAMACIÓN DE CLASIFICACIÓN EN GRUPO PROFESIONAL.....	17
5.5.- POSIBILIDADES DE ENCAJE DE LA FIGURA DE LA POLIVALENCIA FUNCIONAL EN EL SUPUESTO DE HECHO.....	19
5.6.- PROCEDIMIENTO DE CLASIFICACIÓN EN GRUPO PROFESIONAL.....	20
5.7.- LEGALIDAD DEL ERTE DECLARADO POR LA EMPRESA.....	22
5.8.- DERECHO DE RESISTENCIA DEL TRABAJADOR ANTE UNA ORDEN ANTI JURÍDICA POR PARTE DEL EMPRESARIO.....	25
5.9.- CONSECUENCIAS PARA EL EMPRESARIO EN CASO DE OBLIGAR A UN TRABAJADOR A PRESTAR SERVICIOS DURANTE EL ERTE.....	28
5.10.- VÍAS DE ACCIÓN FRENTE A LOS DISTINTOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES POR PARTE DEL EMPRESARIO.....	31
6.- CONCLUSIONES Y RESOLUCIÓN DEL DICTAMEN.....	34
7.- FUENTES: FUENTES NORMATIVAS, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.....	38

1.- INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL DICTAMEN

El tema central del presente trabajo es el ejercicio de distintos derechos por parte del trabajador frente al empresario, y su objeto es analizar las posibilidades de acción de aquel y el alcance del poder de dirección de este último.

En el epígrafe siguiente se plantea un supuesto de hecho en el que se dan diversos incumplimientos contractuales, convencionales y legales por parte de una empresa respecto a la relación laboral de una de sus trabajadoras. Estos incumplimientos afectan a distintos aspectos de la relación laboral: el grupo profesional, las condiciones de trabajo, el salario y el respeto a la dignidad del trabajador.

Antes de entrar a resolver el caso, se realiza un planteamiento conceptual en el que se desarrollan tres temas centrales en el dictamen: el sistema de clasificación profesional, el Expediente de Regulación Temporal de empleo y los tipos de procedimientos laborales. Puesto que todas las cuestiones materiales y procesales que se resuelven a lo largo del texto vienen al hilo de los mismos, este epígrafe viene a poner en contexto dogmático todas las soluciones y conclusiones que se establecen posteriormente.

A continuación, en el cuarto epígrafe, se enuncian todas las cuestiones que se plantean respecto al supuesto de hecho, a fin de determinar el régimen jurídico aplicable a cada una de ellas en el epígrafe quinto.

Finalmente, pasan a exponerse las conclusiones junto a una relación de normativa, doctrina y jurisprudencia.

2.- SUPUESTO DE HECHO DEL CASO

Verónica trabaja desde el 11 de enero de 2001 en una empresa dedicada a la venta de materiales de construcción, reforma, saneamiento, fontanería y otros, cuyo domicilio social radica en la Calle Oro, nº7, 47012, Valladolid. Tiene suscrito con la misma un contrato indefinido a tiempo completo de 40 horas semanales, sujeto al Convenio Colectivo para el Comercio el General de la Provincia de Valladolid, publicado el 5 de febrero de 2020 en el Boletín Oficial de ámbito provincial. Según la clasificación en grupo profesional, pertenece al Grupo I con la categoría interna de Ayudante Dependiente (nivel salarial VII), percibiendo un salario de 14.535,79€ brutos anuales.

La trabajadora lleva tres años instando a la dirección de la empresa para ser reclasificada en otro grupo profesional, al considerar que las funciones que realiza se exceden de aquel en el que está asignada, sin obtener respuesta alguna. Las tareas que Verónica realiza a diario son las que se detallan a continuación: abre el establecimiento a las 9:00 horas y las 15:30 horas y lo cierra a las 20:00 horas; a primera hora de la mañana, pone en marcha todos los ordenadores y llena las cajas con el cambio que se utiliza para cobrar; a lo largo del día, realiza pedidos a los proveedores, envía correos electrónicos a las distintas fábricas que tienen que recibir dichos pedidos, responde a las reclamaciones y atiende a los clientes, a los que muestra la exposición de la tienda y, una vez han seleccionado un producto, lo adapta a sus gustos e instrucciones –con ayuda de un programa 3D de diseño, mediante planos a mano alzada y realizando mediciones–, responde a reclamaciones, realiza recibos y recibe a representantes de distintas marcas presentándoles el catálogo de productos y exponiéndoles las condiciones de venta. Estas últimas tareas descritas, la atención al público y a representantes comerciales, y la gestión y realización de pedidos, son las que ocupan la mayor parte de su jornada. También recibe mercancías, comprobando que se encuentren en buenas condiciones y que los datos de los albaranes sean correctos, tras lo cual procede a elaborar el albarán de su propio cliente, a avisar al almacén que se encarga del transporte de los pedidos y a informar al cliente de la próxima entrega. Asimismo, Verónica es Community Manager en las redes sociales y cada cierto tiempo realiza cursos de formación para especializarse en los productos de determinadas marcas con las que la empresa ha suscrito contratos de distribución. Para la realización de estas tareas la trabajadora recibe escasas directrices generales por parte de la dirección de la empresa, y es por ello que considera que debería serle reconocido un grupo profesional superior.

Además del conflicto expuesto, como consecuencia de la pandemia global de COVID-19 la empresa procedió a declarar un ERTE por fuerza mayor, suspendiendo los contratos de todos sus trabajadores entre el 16 de marzo y el 9 de junio de 2020. Durante este tiempo, Verónica recibió constantes emails, llamadas y mensajes de Whatsapp de su superior, quien no solo le encargó teletrabajar desde casa atendiendo a los clientes y realizando distintos pedidos, sino que le instó a acudir presencialmente a abrir la exposición de la tienda. Ante las negativas de Verónica, esta recibió comentarios despectivos y amenazas de despido por parte de la empresa, y en ningún momento cesaron las constantes comunicaciones a través de su teléfono móvil del trabajo, que se sucedieron a lo largo de toda la vigencia del ERTE. Una vez finalizado el mismo, a la vuelta a su puesto presencial de trabajo, se encontró con un ambiente tenso y enrarecido con sus superiores.

Finalmente, desde diciembre de 2019 y hasta la actualidad, la trabajadora ha venido sufriendo retrasos continuados en el pago de sus nóminas que, conforme a contrato, debe efectuarse en el último día de cada mes; sin embargo, las fechas de cobro han sido las siguientes:

SEPTIEMBRE DE 2020	13/10/2020
OCTUBRE DE 2020	12/11/2020
NOVIEMBRE DE 2020	09/12/2020
DICIEMBRE DE 2020	ERTE
ENERO DE 2021	ERTE
FEBRERO DE 2021	10/03/2021
MARZO DE 2021	19/04/2021
ABRIL DE 2021	11/05/2021
MAYO DE 2021	14/06/2021
JUNIO DE 2021	16/07/2021
JULIO DE 2021	11/08/2021
AGOSTO DE 2021	29/09/2021
SEPTIEMBRE DE 2021	11/10/2021
OCTUBRE DE 2021	17/11/2021
NOVIEMBRE DE 2021	12/12/2021

3.- PLANTEAMIENTO CONCEPTUAL

3.1.- EL SISTEMA DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

Algunos autores definen el sistema de clasificación profesional como aquel esquema general y abstracto, previamente establecido por la negociación colectiva, en el que se ordena sistemáticamente a los trabajadores por grupos profesionales, definidos cada uno de ellos por distintos criterios (funciones, especialidades, nivel de autonomía, etc). Del acto de clasificación profesional depende la determinación de las funciones, salario y estatus jurídico del trabajador en la empresa.

El sistema tradicional de clasificación profesional se basaba en las categorías profesionales, y estaba previsto en las antiguas Ordenanzas Laborales, normativa preconstitucional que no se derogó definitivamente hasta la entrada en vigor del actual Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), en 2015. Sin embargo, desde 1980, y en especial, a partir de la aprobación del primer ET, en virtud de la Ley 8/1980, de 10 de marzo), ya se venían dando intentos constantes de adaptar las categorías a nuevas estructuras profesionales más dinámicas.

La reforma operada en 1994 al ET trajo consigo un sistema dual de categoría y grupo, que permitía a los sujetos de la negociación colectiva no solo elegir entre uno u otro concepto, sino establecer un sistema mixto. Esta modificación también inició un proceso de progresiva sustitución de las Ordenanzas Laborales por convenios colectivos.

Sin embargo, fue la reforma efectuada por la Ley 3/2012, de 7 de julio, la que introdujo un cambio radical respecto al sistema de clasificación profesional, al establecer el grupo profesional como única opción clasificatoria por imperativo legal. Con la nueva redacción del artículo 22 ET, actualmente vigente, se deja de promover el grupo profesional para imponerlo.¹ Dice este precepto, en sus apartados segundo y tercero, que se entenderá por grupo profesional *“el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador”* y que la definición de estos grupos habrá de ajustarse a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, directa e indirecta, entre mujeres y hombres.

¹ ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2015): “Clasificación profesional y movilidad funcional. Alternativas de la negociación colectiva frente a la acción unilateral de la empresa”, *Gaceta Sindical. Reflexión y debate. Nueva etapa* n°25. Diciembre 2015. Ed. Confederación Sindical de Comisiones Obreras. Págs. 221-225.

El objetivo principal de esta modificación, de acuerdo a la rúbrica de su Capítulo III, era favorecer la flexibilidad interna, planteando la misma como alternativa a la destrucción de empleo. Asimismo, según la Exposición de Motivos, la reforma trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios como la seguridad de los trabajadores en el empleo.

No existe una definición de la flexibilidad interna en el ordenamiento jurídico español, pero podría entenderse, en palabras de ALFONSO MELLADO, como “*la capacidad de definir inicialmente unas condiciones de trabajo adaptables y la capacidad de modificarlas cuando sea conveniente para el funcionamiento empresarial*”.² Cuando se habla de flexibilidad interna hay que tener presente que esta presenta más de una cara, si bien todas están interrelacionadas y se afectan entre sí. Cuando se emplea este concepto ambiguo, podemos estar hablando de la denominada “flexibilidad de entrada”, de la que se produce a lo largo de la relación laboral o de la llamada “flexibilidad de salida”. El primer concepto se identifica con la mayor libertad del empresario para contratar, el segundo tiene que ver con un mayor margen empresarial para modificar las condiciones de trabajo –ya sea *ex ante*, con la clasificación profesional inicial, o *ex post*, mediante la movilidad funcional y la modificación sustancial–, y el tercero está relacionado con la simplificación de los procedimientos de despido.

Sin embargo, todos estos tipos de flexibilidad tienen en común la principal consecuencia de su aplicación: la inestabilidad. Si hablamos de la flexibilidad de entrada o la de salida, con afección al empleo; si hablamos de la flexibilidad producida a lo largo de la relación laboral, con afección a las condiciones de trabajo. Otro factor en común entre todas ellas es que todas potencian el poder del empresario sin proporcionar ventajas claras a los trabajadores. Es por este motivo que la Ley 3/2012, que introdujo los tres tipos de flexibilidad (fomentando la contratación por duración determinada, facilitando la movilidad funcional y modificación de las condiciones de trabajo y simplificando y abaratando el despido) ha sido objeto de tantas críticas, sobre todo si se tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico vigente previamente a su entrada en vigor no podía en absoluto considerarse rígido. Y es que el poder de dirección del empresario (artículo 20 ET) apenas aparece delimitado en la ley, siendo escasos los condicionantes para realizar modificaciones en las condiciones de trabajo.³

² ALFONSO MELLADO, Carlos Luis (2015): “Flexibilidad interna negociada: un objetivo deseable”, *Gaceta sindical. Reflexión y debate. Nueva etapa nº25. Diciembre 2015*. Ed: Confederación Sindical de Comisiones Obreras. Págs. 193.

³ ALFONSO MELLADO, Carlos Luis (2015): “Flexibilidad interna (...)”, op., cit., págs. 191, 192 y 197.

La motivación de la reforma laboral de 2012 para eliminar las anteriores categorías profesionales es que estas presentaban una mayor rigidez a la hora de determinar las funciones, tareas, aptitudes y titulaciones que comprenden, lo que implicaba la necesidad de acudir más frecuentemente a la figura de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 41 ET), un procedimiento más complejo y garantista para el trabajador, puesto que exige que se den razones económicas, técnicas, organizativas o de producción para realizar cualquier cambio relativo a jornada, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y funciones que excedan los límites de la movilidad funcional (artículo 39 ET) –esto es, las que estén fuera del grupo profesional asignado –. Si en vez de grupo se hablara de categoría, las funciones serían mucho más concretas, lo que evitaría poder acudir tan frecuentemente al mecanismo de la movilidad funcional, cuyas únicas condiciones son que el cambio sea conforme a la titulación del trabajador y que respete su dignidad.

Es frecuente que en muchos convenios un grupo profesional comprenda varias de las antiguas categorías profesionales, asignándoles un mismo nivel salarial, aun existiendo cierta diferencia entre tareas y funciones, otra cuestión que ha sido ampliamente criticada.⁴

Si bien el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación en el mercado de trabajo deroga parcialmente la reforma laboral de 2012, no afecta al sistema de clasificación profesional, si modifica otras instituciones también relacionadas con la flexibilidad, como el ERTE, que se tratan en el presente dictamen, así como otras que no son objeto de este trabajo (contratos de duración determinada).

La postura frente a la flexibilidad interna en los Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva (en adelante, AENC), publicados por la Dirección General de Empleo, y suscritos entre la CEOE y la CEPYME y los sindicatos CCOO y UGT, es favorable siempre que se imponga que esta deba ser negociada y tener base en el convenio colectivo –no en el de empresa–, de forma que exista un equilibrio de fuerzas. En el III AENC, para los años 2015, 2016 y 2017, se dice textualmente: *“los mecanismos de adaptación internos son preferentes a los externos y a los ajustes de plantilla, por ello los convenios deberían disponer de la flexibilidad interna como una herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas y para*

⁴ CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, *et al* (2014): *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social*. Ed. Laborum, pág. 235 y ss.

mantener el empleo, su estabilidad y calidad, y la actividad productiva, con un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores”. En la misma línea se pronuncia el IV AENC, para el año 2018, el más reciente.

3.2.- EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO (ERTE)

El Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) se encuentra regulado en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, que prevé la posibilidad para el empresario de suspender el contrato o reducir la jornada entre un 10% y un 70% en virtud de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (ETOP), o por fuerza mayor. Con base en esta definición, pueden hacerse dos clasificaciones de ERTE: atendiendo al modo de aplicación y atendiendo a las causas que los motivan.

En el ERTE consistente en la reducción de jornada, esta se computa sobre la base de una jornada diaria, semanal o mensual, y se percibe prestación de desempleo en la parte reducida. Mientras tanto, en el ERTE que conlleva la suspensión del contrato de trabajo, se cobra únicamente la prestación por desempleo puesto que el trabajador cesa temporalmente la prestación de sus servicios, y no cobra salario.

De otro lado, el Estatuto de los Trabajadores diferencia entre el ERTE motivado por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y el ERTE derivado de fuerza mayor. Para este último caso, remite al artículo 51.7 del mismo texto y a otras normas de desarrollo, principalmente, al Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Ninguna de estas normas define en qué consiste exactamente una situación de fuerza mayor, si bien se entiende que comprende todo hecho externo y ajeno a la actividad de la empresa que haya sido imprevisible e inevitable.⁵

En el caso concreto que nos ocupa, debido a lo extraordinario de la situación de propagación del COVID-19 –que derivó en la necesidad de declarar el estado de alarma el 14 de marzo de 2020–, hay que estar a normas específicas más allá del Estatuto de los Trabajadores y el RD 1483/2012, y en concreto, a los Reales Decretos de medidas urgentes

⁵ ROMERA PASTOR, Adrià (2020): *Crisis del COVID. ERTE y otras medidas laborales en el Estado español*. Universitat Autònoma de Barcelona, pág. 10.

relativas a las relaciones laborales dictados a partir de marzo de 2020, desde la aprobación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma.

3.3.- LOS TIPOS DE PROCEDIMIENTOS LABORALES

El funcionamiento de la jurisdicción social está establecido por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), que prevé la existencia de un procedimiento ordinario y de varios procedimientos especiales, denominados “modalidades procesales”.

El artículo 102 LRJS dispone que en todo lo no regulado dentro del ámbito de las modalidades especiales se aplicará el procedimiento ordinario, de forma que no solo habrá pretensiones que tendrán que tramitarse por un cauce específico para ellas, sino que incluso dentro de este cauce regirán las normas del procedimiento ordinario en todos los aspectos no previstos expresamente.

En el hipotético caso de que el demandante cometiera un error al elegir el procedimiento a seguir, la ley lo ampara al determinar el anterior precepto citado, en su párrafo segundo, que *“si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma. No procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal (...)”*. Esta regla de subsanación de oficio por parte del tribunal evita grandes perjuicios que pueden ocasionarse si un proceso se dilata mucho en el tiempo (por ejemplo, que la acción caduque), y si bien puede estar inspirada en el principio de conservación de los actos procesales⁶, también puede tener otra importante razón de ser si se toma en consideración el hecho de que en la jurisdicción social no es obligatoria la asistencia de abogado, y muchos demandantes interponen la demanda en su propio nombre, siendo legos en Derecho.⁷ De esta forma, esta norma otorga protección y garantías a los demandantes de la jurisdicción social.

⁶ FOLGUERA CRESPO, José Ángel (2011): “Título II. De las modalidades procesales”, *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social*. Ed. LEX NOVA. Pág. 435-436.

⁷ MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda (2018): “Casos relativos a las modalidades procesales especiales. 1. Generalidades”, *Derecho Procesal Laboral Práctico*, Ed. Tirant lo Blanch. Pág. 211.

El artículo 80 y ss. LRJS regulan el procedimiento ordinario y las normas generales de los procesos laborales, que presentan marcadas diferencias con las de otros órdenes jurisdiccionales; mientras que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece normas y procedimientos más rígidos, el orden social se caracteriza por ser antiformalista, eliminando algunos requisitos y trámites en la primera instancia. De este modo, en la demanda inicial no se exigen más requisitos que los enumerados en el artículo 80 LRJS (designación de órgano y determinación del procedimiento, designación del demandante, enumeración clara y concreta de los hechos, súplica, domicilio –para el caso de que el demandante ejercite la acción por sí mismo–, fecha y firma). No es preceptiva la asistencia de letrado, como tampoco es necesario incluir fundamentos de derecho ni aportar documentos o escritos relativos al fondo del asunto, pudiendo posponerse la argumentación jurídica y la presentación de pruebas documentales al momento de la vista.

Un requisito que sí viene impuesto por la ley, si bien puede exceptuarse en algunos procedimientos especiales, es la aportación de documento justificativo de intento de solución extrajudicial del conflicto (por la vía de la mediación o de la conciliación en vía administrativa)⁸, así como de los documentos acreditativos de la representación a los que se refiere el artículo 264 LEC, en su caso, y de las actuaciones previas que requiera cada tipo de procedimiento.

A partir del artículo 102 LRJS se enumeran y desarrollan los distintos procedimientos especiales, los siguientes:

- a) Despido disciplinario (artículo 103 y ss. LRJS).
- b) Impugnación de sanciones disciplinarias impuestas a los trabajadores (artículo 114 y 115 LRJS).
- c) Reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido (artículo 116 LRJS).
- d) Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción (artículo 120 y ss. LRJS).
- e) Despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción (artículo 124 LRJS).
- f) Determinación de la fecha de disfrute de vacaciones (arts. 125 y 126 LRJS).
- g) Materia electoral (artículo 127 y ss. LRJS).

⁸ FOLGUERA CRESPO, José Ángel (2011): “Título II. De las modalidades procesales”, (...), op., cit., págs. 375-380.

- h) Reclamación de categoría o grupo profesional (artículo 137 LRJS).
- i) Impugnación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 138 y 138 bis LRJS).
- j) Ejercicio de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (artículo 139 LRJS).
- k) Impugnación de resoluciones administrativas en materia de Seguridad Social (artículo 140 y ss. LRJS).
- l) Impugnación de actos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales (artículo 148 y ss. LRJS).
- m) Conflictos colectivos (artículo 153 y ss. LRJS).
- n) Impugnación de convenios colectivos (artículo 163 y ss. LRJS).
- o) Impugnación o modificación de estatutos de sindicatos y asociaciones empresariales (artículo 167 y ss. LRJS).
- p) Tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 177 y ss. LRJS).

Tal y como su nombre indica, las modalidades procesales especiales se caracterizan por presentar peculiaridades frente al procedimiento ordinario. Dichas peculiaridades son principalmente tres: la urgencia o sumariedad cuantitativa (los plazos son más breves y en algunos casos no se exige conciliación previa y la sentencia no puede recurrirse); la preferencia (algunas modalidades especiales deben tramitarse antes que un procedimiento ordinario y, en el caso de la modalidad de protección de derechos fundamentales, antes que cualquier otro asunto); y el objeto limitado o sumariedad cualitativa (no pueden conocerse cuestiones ajenas a él, aunque sean conexas).⁹

⁹ MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda (2018): “Casos relativos a las modalidades procesales especiales (...)”, op., cit., pág. 212.

4.- CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

4.1.- Aproximación inicial a la resolución del supuesto.

4.2.- Competencia objetiva, funcional y territorial para conocer de las distintas acciones.

4.3.- Opciones de acumulación de acciones.

4.4.- Viabilidad de la reclamación de clasificación en grupo profesional.

4.5.- Posibilidades de encaje de la figura de la polivalencia funcional en el supuesto de hecho.

4.6.- Procedimiento de clasificación en grupo profesional.

4.7.- Legalidad del ERTE declarado por la empresa.

4.8.- Derecho de resistencia del trabajador ante una orden antijurídica por parte del empresario.

4.9.- Consecuencias para el empresario en caso de obligar a un trabajador a prestar servicios durante el ERTE.

4.10.- Vías de acción frente a los distintos incumplimientos contractuales por parte del empresario.

5.- FUNDAMENTOS DEL DICTAMEN

5.1.- APROXIMACIÓN INICIAL A LA RESOLUCIÓN DEL SUPUESTO

Antes de comenzar a exponer los fundamentos jurídicos necesarios para la resolución del caso, conviene pararse a realizar un planteamiento general sobre las acciones y procedimientos que podrían aplicarse en este caso, puesto que algunos casos pueden resultar confusos y existen vías alternativas.

Respecto al tema de la petición de reclasificación de Verónica, existen dos procedimientos en la ley que se aplican a los litigios sobre el sistema de clasificación: el previsto en el artículo 137 LRJS (“reclamación de categoría o grupo profesional”) y el previsto en el artículo 138 LRJS (“modificación sustancial de condiciones de trabajo”). Podría llegarse a la conclusión errónea de que constituyen vías alternativas a aplicar en este caso, pero lo cierto es que cada uno tiene un objeto diferente. Ello es así puesto que el primero de los procedimientos puede aplicarse a cualquier situación de divergencia funcional entre la clasificación efectuada y la que el trabajador considera real (haya existido esta divergencia desde el inicio de la relación laboral o no), siempre que se reclame una categoría o grupo superior¹⁰, mientras que el segundo se refiere únicamente al contexto en que se produce, en un momento dado de la vigencia del contrato, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. De esta forma, un procedimiento es apto para la inadecuación de grupo y categoría *ex ante* y *ex post*, y otro no, motivo por el que debe seguirse el cauce del artículo 137 LRJS para el caso que nos ocupa, en que las funciones de Verónica no han cambiado desde la firma de su contrato.

En relación con los diversos incumplimientos contractuales, se plantean vías alternativas que se expondrán a lo largo del dictamen. En principio, tanto por instar a la trabajadora a prestar servicios en ERTE (y los tratos vejatorios sufridos por su negativo), como por el retraso en el abono de los salarios y el exceso de jornada podría proceder la aplicación del artículo 50 ET, referido a la extinción voluntaria del contrato de trabajo por

¹⁰ La STS 1570/2007, de 18 de enero (nº recurso 4166/2005), entre otras –STS 409/1993, de 5 de febrero (nº recurso 101/1992), STS 1057/1995, de 24 de febrero (nº recurso 2619/1994) y STS 530/1997, de 30 de enero (nº recurso 1634/1996)–, sostiene que “la modalidad procesal de clasificación profesional debe utilizarse exclusivamente cuando las reclamaciones de categoría profesional estén fundadas en el desempeño de actividades de categoría superior en la que son determinantes los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado. En cambio, se han de encauzar por la vía del proceso ordinario las reclamaciones en las que la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de preceptos, es decir, en consideraciones “de derecho” y no “de hecho”; como ha ocurrido en los frecuentes litigios de los últimos años sobre interpretación de la normativa convencional reguladora de la clasificación, a efectos del encaje de las antiguas categorías profesionales de los distintos convenios colectivos (...)”

parte del trabajador cuando concurren una serie de causas, en cuyo caso habría que seguir los trámites del procedimiento ordinario.

También cabe preguntarse si sería posible acudir al procedimiento de protección de derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 177 a 184 LRJS), en atención al menoscabo de la dignidad de la trabajadora. Lo cierto es que la conexión con este procedimiento es más laxa, al no existir una lesión clara a un derecho fundamental, a pesar de todos los incumplimientos empresariales graves que concurren.

Además, en el supuesto que se plantea no solo podrían intervenir acciones de naturaleza indemnizatoria, sino que también podrían tener cabida procedimientos sancionadores, por lo que habrá que estar a las disposiciones de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social y al Código Penal.

Finalmente, habría que examinar la forma de articular todos los procedimientos, comprobando cuáles de ellos son compatibles entre sí y si podrían acumularse.

5.2.- COMPETENCIA OBJETIVA, FUNCIONAL Y TERRITORIAL PARA CONOCER DE LAS DISTINTAS ACCIONES

Dispone el artículo 93 LOPJ que los Juzgados de lo Social conocerán de todos aquellos asuntos que no estén atribuidos por ley a los restantes órganos del mismo orden jurisdiccional. Así, los Juzgados de lo Social quedan configurados como órgano residual o subsidiario, y a pesar de ello, son los que conocen la mayor parte de los procesos en materia laboral.

El artículo 6 LRJS se refiere a la competencia objetiva, estableciendo que el órgano competente para conocer –en única instancia– de todos los procesos atribuidos al orden jurisdiccional social es el Juzgado de lo Social, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 7, 8 y 9, que atribuyen determinados procesos a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo. Asimismo, los Juzgados de lo Social conocen de los procesos de impugnación de actos de las Administraciones Públicas previstos en el artículo 2, letras n) y s), LRJS.

Finalmente, el artículo 10.1 LRJS determina que el Juzgado de lo Social competente es, por regla general, el correspondiente al domicilio del demandado o al lugar donde se ejercita la prestación de trabajo, a elección de la parte actora. Dicha norma cede ante una

serie de supuestos, que se identifican con las letras f), g), h), i), j), k), l), m), o), p), q) y r) del artículo 2 LRSJ (tutela de la libertad sindical y procesos relacionados con el régimen jurídico de los sindicatos, de conflicto colectivo, de impugnación de convenios colectivos, en materia electoral, en materia de Seguridad Social, en materia de intermediación laboral y entre asociados y mutualidades).

En atención a lo dispuesto en los preceptos citados, en el presente caso es competente el Juzgado de lo Social que por turno corresponda de Valladolid, puesto que es donde se prestan los servicios, además del domicilio social de la empresa.

5.3.- OPCIONES DE ACUMULACIÓN DE ACCIONES

En el presente caso son varias las acciones que pueden ejercitarse: de un lado, Verónica puede efectuar una reclamación de cantidad por los salarios adeudados; de otro, por esta misma causa podría instar la extinción voluntaria del contrato de trabajo; asimismo, y en caso de no querer extinguir su relación laboral, podría acudir al procedimiento de clasificación en grupo profesional.

Para conocer cuáles de estas acciones pueden acumularse en un mismo procedimiento hay que estar a lo dispuesto en los artículos 25 a 27 LRJS. La ley plantea la posibilidad de solicitar la acumulación de forma sobrevenida, siempre y cuando sea antes del momento de la celebración de los actos de conciliación y juicio (artículo 34.1 LRJS), y distingue entre acumulación objetiva y subjetiva: la primera se da en casos como el que nos ocupa, en que un solo actor pretende ejercitar varias acciones contra el demandado en un mismo procedimiento; la segunda se da en caso de que la concurrencia sea de una pluralidad de actores, de demandados o de ambos, en cuyo caso todas las acciones podrán ejercitarse en el mismo procedimiento siempre que entre todas ellas exista el mismo nexo por razón de título.

Conforme al artículo 25 LRJS, procederá la acumulación objetiva de acciones siempre que todas ellas puedan tramitarse ante el mismo Juzgado o Tribunal. Sin embargo, el artículo 26 LRJS viene a restringir enormemente esta norma general, al establecer prohibiciones de acumulación respecto de las siguientes acciones: despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, vacaciones, en materia electoral, impugnación o modificación de los estatutos de los sindicatos, movilidad geográfica, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, impugnación de

convenios colectivos, impugnación de sanciones impuestas a los trabajadores, tutela de derechos fundamentales y libertades públicas y reclamaciones en materia de Seguridad Social entre sí (salvo que se alegue lesión de derechos fundamentales).

A pesar de la anterior norma restrictiva, diversos preceptos posteriores admiten la acumulación en determinados supuestos, viniendo a modular el contenido del artículo 26 LJRS. Dichos supuestos son relevantes para nuestro caso, puesto que muchos de ellos se refieren al despido y a la clasificación profesional. Así, es posible acumular las acciones de despido y extinción del contrato si se ejercitan dentro del plazo previsto para la modalidad del despido, y si para la extinción se acude a la vía del artículo 50.1.b) ET, puede acumularse a la misma la correspondiente reclamación salarial, pudiendo incluso ampliarse la demanda si se devengan más cantidades adeudadas. Asimismo, para el caso de la acción de despido, pueden acumularse todas las cantidades adeudadas hasta la fecha (artículo 49.2 ET).

Por otra parte, a la acción de clasificación profesional también puede acumularse la reclamación de las diferencias salariales fruto de haber desempeñado las funciones de un grupo profesional superior al asignado.¹¹ Debe tomarse en consideración que la acción de reclamación del salario prescribe al año, contado desde el momento de terminación del contrato (artículo 59.1 ET).

5.4.- VIABILIDAD DE LA RECLAMACIÓN DE CLASIFICACIÓN EN GRUPO PROFESIONAL.

Para conocer la probabilidad de que prospere la acción de clasificación profesional hay que atender a lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable y en el contrato suscrito entre Verónica y la empresa.

El convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa en que Verónica presta servicios es el del Comercio en General de la provincia de Valladolid, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Valladolid el 20 de enero de 2020.

En este texto se distingue entre tres grandes grupos profesionales que a su vez comprenden distintos niveles salariales, siete en total, asociados a varias categorías.

¹¹ DÍAZ PITA, María Paula (2021): *Acceso a la Abogacía V. Materia laboral. Tercera Edición*. Ed. Tecnos. Pág. 297 y ss.

El Grupo Profesional I se caracteriza por una estricta dependencia jerárquica y funcional de los trabajadores, cuyas tareas requieren escasa iniciativa y están sujetas a instrucciones muy concretas por parte de los superiores. La norma prohíbe de forma expresa que las personas que presten servicios en este grupo realicen las tareas de apertura y cierre del establecimiento y de balance de caja. Este es el único grupo previsto en el convenio que está asociado a un único nivel salarial, el séptimo, que comprende categorías tan variadas como trabajador de limpieza, ayudante especialista de comercio, oficial administrativo de entrada, profesional de oficio de 3ª y ayudante dependiente. Esta última categoría es en la que está clasificada Verónica.

Sin embargo, Verónica considera que su clasificación profesional no es correcta, y que debería estar comprendida dentro del Grupo Profesional II, puesto que las tareas que realiza exceden con creces a las previstas dentro del Grupo Profesional I.

El convenio colectivo dice lo siguiente sobre el Grupo Profesional II: *“Corresponde a aquellos trabajos cualificados que requieren un adecuado nivel de conocimientos y que se prestan con un cierto grado de autonomía, iniciativa y responsabilidad, bajo la supervisión directa o sistemática del elemento jerárquico superior”*. Los niveles salariales IV, V y VI son los comprendidos en este grupo.

En primer lugar, el nivel VI comprende las siguientes categorías: Dependiente/a de Comercio de 2ª, Ayudante de Sistemas Informáticos, Oficial administrativo de 3ª, Profesional de Oficio de 2ª, Especialista de Comercio de 2ª y Telefonista.

En cuanto al nivel V, agrupa las siguientes categorías: Dependiente/a de Comercio de 1ª, Operador/a de Sistemas informáticos, Corredor de Plaza, Oficial Administrativo de 2ª, Profesional de Oficio de 1ª, Especialista de Comercio de 1ª y Chofer/ Conductor/a.

Finalmente, el nivel salarial IV comprende las siguientes categorías: Encargado/a de Sección, Encargado/a de Establecimiento, Programador/a, Oficial Administrativo/a de 1ª, Escaparatista, Profesional Especialista de Comercio, Viajante, Dependiente/a/Interprete.

Las categorías y niveles salariales propias del Grupo Profesional III estarían fuera de la discusión, pues la descripción del mismo conforme al convenio es la que se sigue: *“Corresponde a aquellos trabajos con alto grado de autonomía, iniciativa y responsabilidad, ejerciendo el mando dirección, control y supervisión, de tareas y/o personas.”* Es evidente que, aunque Verónica presenta un alto grado de autonomía en el ejercicio de sus tareas, no supervisa a ninguno de sus compañeros ni lleva la dirección del establecimiento, puesto que lleva a cabo las directrices que le son dadas por su superior.

Por lo expuesto anteriormente, la reclamación debería delimitarse a alguna de las categorías internas del Grupo Profesional II. La complejidad de la cuestión se halla en el hecho de que el convenio no define con exactitud cuáles son las diferencias funcionales exactas entre un Dependiente de Comercio de 2ª, un Dependiente de Comercio de 1ª y un Encargado de Establecimiento. Lo ideal y más garantista para la viabilidad de la pretensión de Verónica sería reclamar la reclasificación en el Grupo IV, con la petición subsidiaria de encaje en los Grupos V o VI.

5.5.- POSIBILIDADES DE ENCAJE DE LA FIGURA DE LA POLIVALENCIA FUNCIONAL EN EL SUPUESTO DE HECHO.

La polivalencia funcional aparece regulada en el artículo 22.4 del Estatuto de los Trabajadores, que establece lo siguiente: *“cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo”*. Es decir, conforme al Estatuto de los Trabajadores, son dos los requisitos para reconocer la polivalencia funcional del trabajador: un acuerdo previo con el empresario y el establecimiento del nivel salarial asociado a las funciones a las que el trabajador dedica más tiempo durante su jornada. Con esta previsión legal específica, el legislador se decanta por una de las dos interpretaciones jurisprudenciales mayoritarias respecto al criterio para determinar la equiparación salarial: el criterio de prevalencia. Un buen número de sentencias había venido optando, sin embargo, por el criterio de la preeminencia (por el cual se atendía al nivel salarial asociado a la categoría o grupo superior).

Hay quien discute la necesidad de que esta figura exista, teniendo en cuenta que, como tantas otras instituciones, tiene una función flexibilizadora, que busca dar respuesta a las necesidades empresariales en la gestión de los recursos humanos, y en concreto, a los problemas que se plantean cuando el sistema de clasificación profesional no se corresponde con las necesidades productivas y funcionales de un sector o empresa. Y es que, si bien podría entenderse su previsión en un sistema algo más rígido, desde que existen los grupos profesionales su papel parece ser redundante.¹²

¹² ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2015): “Clasificación profesional y movilidad funcional. (...)”, op., cit., págs. 231-232.

Lo cierto es que sí puede pensarse que la figura de la polivalencia funcional puede traer consigo una gran inseguridad jurídica, al llevar hasta el extremo el amplio margen que existe para el empresario a la hora de realizar actos de clasificación.

En el caso que nos ocupa, tanto por uno como por otro criterio de los establecidos en el artículo 22 ET, podemos determinar que la situación que se plantea no es de polivalencia funcional. Ello es así dado que nada acordó en su día la trabajadora con el empresario, especificando su contrato claramente que está sujeta a un único grupo y a una única categoría dentro del mismo, y teniendo en cuenta que incluso en caso contrario, el nivel salarial asociado a Verónica se corresponde precisamente con las tareas que realiza minoritariamente, lo que contravendría la norma del Estatuto.

5.6.- PROCEDIMIENTO DE CLASIFICACIÓN EN GRUPO PROFESIONAL

En aquellos casos, como el que nos ocupa, en que el trabajador considere que existe una divergencia entre el grupo profesional reconocido por la empresa y las funciones que realiza, estando estas comprendidas en una categoría o grupo superior, el cauce a seguir para reclamar un nuevo encuadramiento profesional es el procedimiento que contempla el artículo 137 LRJS.

Este precepto indica que para instar el proceso es necesario solicitar un informe al comité de empresa, o en su caso, a los delegados de personal, cuyo contenido habrá de referirse a las funciones superiores alegadas y su correspondencia con uno u otro grupo del sistema de clasificación previsto por el convenio colectivo. Si estos órganos no cumplen con esta obligación en un plazo de 15 días, el demandante podrá continuar el procedimiento acreditando su solicitud.¹³

Una vez el Juzgado competente admite la demanda, debe solicitar de oficio –en la misma resolución de admisión– que se recabe informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la que debe remitirse la demanda con sus documentos. Este órgano tiene, igualmente, un plazo de 15 días para resolver. Una vez concluido el procedimiento y dictada la sentencia, contra esta no cabe recurso alguno salvo en un caso excepcional: que las

¹³ Evitando con ello vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, que solo puede solicitar dicho informe y no puede ser hecho responsable de la inactividad de otros (STC 172/1987, de 3 de noviembre, nº recurso casación 678/1986).

diferencias salariales reclamadas alcancen la cuantía requerida para interponer un recurso de suplicación, esto es, 3.000€ (artículo 191.2.g) LRJS).

Este procedimiento es uno de los especiales que contempla la Ley de Jurisdicción Social, siendo su principal peculiaridad el papel esencial y preceptivo de los informes del comité de empresa y de la Inspección de Trabajo. Mientras que el primero, en el artículo 39.2 ET, tiene una función consultiva para los representantes de los trabajadores, en este ámbito opera como un requisito preprocesal y además como medio probatorio en que el demandante puede apoyar su pretensión. En cuanto al segundo, su función también es probatoria, y frente a una regulación anterior inespecífica, actualmente la ley prevé que su contenido solo puede referirse al sistema de clasificación aplicable y a la reclamación efectuada por el actor, sin entrar en otras consideraciones; esta modificación se basa en que el informe está destinado a la convicción del juez, y no a poner en conocimiento de la parte contraria todos los detalles del asunto, lo que podría suponerle ventajas en la preparación de la defensa y una correlativa indefensión para el demandante.

Al tratarse de una acción relativa a una obligación de tracto sucesivo, su plazo de prescripción es de un año desde la terminación del contrato de trabajo (artículo 59.1 ET), y se entiende como tal el momento estipulado en el contrato o fijado por convenio colectivo o disposición legal, o bien el momento en que termine la prestación continuada de servicios.

Según la doctrina unificada del TS (STS 6391/2006, de 13 de octubre y STS 2427/2009, de 3 de abril, entre otras), esta es la única modalidad procesal válida para la reclamación de una nueva clasificación en grupo profesional superior al reconocido. Es esta pretensión la que determina el cauce procesal a seguir, independientemente de la procedencia o improcedencia de la cuestión de fondo y del nombre que el demandante le haya dado a la acción; la clave para determinar que la pretensión es de clasificación profesional es que se funde en una incoherencia entre las funciones que efectivamente se realizan y las que corresponden al grupo atribuido. Es irrelevante que esta discrepancia exista desde el inicio de la relación laboral (*ex ante*) o que se presente de forma sobrevenida (*ex post*, por modificación sustancial de las condiciones de trabajo).

Es por lo señalado anteriormente que la vía del artículo 137 LJRS no es la adecuada para resolver cuestiones de clasificación en los casos en que los trabajadores se integran en el ámbito de aplicación un nuevo convenio, pues en ellos la resolución del conflicto sería puramente jurídica y tendría más que ver con establecer un encaje o equivalencia entre los

grupos profesionales del convenio anteriormente aplicable y los del nuevo (STS de 24 de mayo de 2005 (Ar. 3320).

5.7.- LEGALIDAD DEL ERTE DECLARADO POR LA EMPRESA

Como se comenzó diciendo al inicio del presente dictamen, la declaración de ERTE por fuerza mayor con causa en la pandemia ha seguido un régimen especial establecido por diferentes reales decretos. Habida cuenta de que en ninguno de ellos se dispone la retroactividad de sus previsiones, son aplicables al presente supuesto los aprobados durante la primera mitad del año 2020, periodo en que la empresa de Verónica declaró el ERTE: el Real Decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo; finalmente, el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo.

El artículo 10 del Real Decreto 463/2020, por el que se declaró el estado de alarma con causa de la propagación del coronavirus, estableció la suspensión indefinida de la apertura al público de los comercios minoristas, con la salvedad de aquellos que ofertaran productos de primera necesidad (de alimentación, farmacéuticos, sanitarios, etc), mientras estuviera vigente el mismo. Esta norma es el punto de partida en que se basan los decretos dictados posteriormente.

El Real Decreto-Ley 8/2020, en su Exposición de Motivos, indica que el refuerzo del ERTE forma parte de una serie de medidas destinadas a flexibilizar los mecanismos de ajuste para evitar despidos. El mecanismo del ERTE es otro ejemplo de flexibilidad interna, como la movilidad funcional o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Las principales novedades de este decreto respecto al ERTE son garantistas para el trabajador, tanto desde la perspectiva de proporcionar una mayor cobertura como desde la óptica de agilizar enormemente el procedimiento. De esta forma, cualquier suspensión o reducción de jornada por pérdida de actividad cuya causa directa sea el COVID-19 tiene la consideración de supuesto de fuerza mayor (artículo 22), y tanto en este contexto como en el de los ERTE declarados con base en causas económicas, técnicas, organizativas y de producción derivadas de la pandemia se prevé un procedimiento más agilizado (artículo 23).

Además, las prestaciones por desempleo a percibir mientras el contrato se encuentra en suspenso se extienden en estos casos a los trabajadores que carezcan del periodo de cotización necesario y el periodo de suspensión no computa a efectos de consumir los periodos máximos de percepción legalmente establecidos (artículo 25).

Finalmente, se regulan exoneraciones a las empresas del 75% de la aportación que deben hacer a la Seguridad Social –en caso de contar la empresa o centro de trabajo con menos de 50 trabajadores, incluso del 100%–, previsión que en la legislación general sobre ERTE solo se aplica cuando, tras una catástrofe natural, la empresa queda total o parcialmente destruida (artículo 24).

El artículo 22, además de contener un enunciado general, define los supuestos que deben considerarse fuerza mayor, entendiendo como tales todos aquellos que consistan en una pérdida de actividad derivada de la declaración del estado de alarma, ya sea que impliquen suspensión directa de la actividad, cierre temporal del local de negocio, restricción del transporte público, restricción de movilidad de las personas o mercancías o falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo de la actividad.¹⁴

A continuación, el mismo artículo recoge las especialidades del procedimiento aplicables a estos casos, consistentes en una mayor celeridad de los trámites y en la relajación de algunos requisitos: en primer lugar, el procedimiento debe iniciarse mediante solicitud de la empresa, acompañada de un informe relativo a la pérdida de actividad y documentación acreditativa de la misma –que habrá de trasladarse a la representación de los trabajadores–; en segundo lugar, la existencia de fuerza mayor debe ser constatada por la autoridad laboral; finalmente, la resolución de la autoridad laboral habrá de dictarse en un plazo de 5 días desde la solicitud. Dicha resolución podrá dictarse de forma directa o previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que tendrá que evacuarse en un plazo improrrogable de cinco días.

El Real Decreto-ley 8/2020 constituye el núcleo principal de regulación de los ERTE durante la pandemia, mientras que los posteriores reales decretos realmente se limitan a puntualizar algún aspecto del mismo o sencillamente a prorrogar sus previsiones.

El Real Decreto-ley 15/2020 introduce como única modificación un segundo párrafo en el artículo 22.1 a efectos de permitir la apreciación de la fuerza mayor parcial: *“En relación con las actividades que deban mantenerse de acuerdo con la declaración del estado de alarma, otras normas de*

¹⁴ ROMERA PASTOR, Adrià (2020): *“Crisis del COVID. ERTE (...)”*, op., cit., págs. 11-12.

rango legal o las disposiciones dictadas por las autoridades delegadas en virtud de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se entenderá que concurre la fuerza mayor descrita en el párrafo anterior respecto de las suspensiones de contratos y reducciones de jornada aplicables a la parte de actividad no afectada por las citadas condiciones de mantenimiento de la actividad”.

Por último, el Real Decreto-ley 18/2020 también se limita a establecer la prórroga de las disposiciones anteriores.¹⁵

Examinadas las normas de aplicación, la conclusión a la que podemos llegar es que el procedimiento para declarar el ERTE cumplió con la legalidad. Mención aparte merece la conducta de la empresa durante la vigencia del mismo, dado que el artículo 45.2 ET exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar y, si bien la empresa no abonó ningún salario a Verónica durante la vigencia del ERTE, sí la obligó a seguir prestando servicios.

Dice el artículo 20.2 ET que *“en cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”*, y según algunos autores, el contenido principal de este principio consiste en la salvaguarda de la dignidad y los derechos fundamentales de los trabajadores¹⁶, debiendo el empresario no solo evitar su menoscabo sino garantizar su ejercicio, si bien la reiterada jurisprudencia del TC le exime de promocionarlos (STC 19/1985, de 13 de febrero y STC 129/1987, de 17 de julio).¹⁷

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, al desarrollar el principio de buena fe contractual, ha venido señalando que la transgresión del mismo constituye una actuación contraria a los deberes de conducta que deben regir el contrato de trabajo. Sentencias como la STS de 2 de noviembre de 2021 (Ar. 4092), asocian el incumplimiento del procedimiento y las normas del ERTE con la lesión del principio de buena fe.

¹⁵ La norma reguladora vigente de los ERTE declarados por la pandemia de coronavirus es el Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, cuya prórroga está dispuesta por la nueva reforma laboral, operada por Real Decreto-ley 32/2021, hasta el 28 de febrero de 2022 (Disposición Adicional 3ª).

¹⁶ GIL y GIL, José Luis (2013): “Poderes del empresario y riesgos psicosociales en el trabajo en España”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, vol. 1, nº4, octubre-diciembre de 2013. Pág. 17.

17

5.8.- DERECHO DE RESISTENCIA DEL TRABAJADOR ANTE UNA ORDEN ANTIJURÍDICA POR PARTE DEL EMPRESARIO

La respuesta a esta cuestión supone analizar el alcance del poder de dirección del empresario y sus límites.

El poder de dirección de dirección comprende un conjunto de facultades reconocidas constitucional (artículo 38 CE) y legalmente (artículo 20 ET) al empresario, que le permiten determinar el contenido de la prestación laboral y arbitrar los mecanismos necesarios para que esta se ejercite. Este concepto no aparece especialmente desarrollado ni delimitado en su precepto estatutario, que se limita a imponer el deber de obediencia del trabajador a las órdenes dadas por el empresario –*“el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres”*– y a indicar que la empresa podrá adoptar las medidas de vigilancia y control que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, con respeto a su dignidad y atendiendo a sus capacidades reales, en caso de que se trate de una persona con discapacidad. En esta breve regulación se pueden deducir las tres potestades con las que cuenta el empresario: la organizativa, la disciplinaria y la de control. Pues bien, el poder de dirección se identifica con la primera de ellas, y entre la doctrina existe discrepancia en cuanto a considerarla en un sentido estricto (dar órdenes generales o particulares sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo y especificar las prestaciones debidas dentro de las posibles, conforme a la cualificación profesional del trabajador) o en un sentido amplio (libertad de organización de la empresa y toma de cualquier decisión económica, técnica, organizativa o de producción).¹⁸

Ahora bien, aunque el poder del empresario sea muy amplio, no es absoluto, y la discrecionalidad permitida por la ley no debe ser confundida con arbitrariedad. La expresión legal “en el ejercicio regular de sus facultades de dirección” constituye el límite, dando a entender en una interpretación literal que el trabajador no habría de cumplir los mandatos que excedan el mismo. Pero es este un concepto ambiguo e incluso subjetivo, que depende de lo que estime el juez que posteriormente conozca de la cuestión. La consecuencia evidente

¹⁸ GIL y GIL, José Luis (2013): “Poderes del empresario y riesgos (...)”, op., cit., pág. 7.

es que el trabajador que recibe una orden que considera, puede ser ilegítima, se encuentra en una situación precaria y jurídicamente muy insegura.¹⁹

La doctrina al respecto no es unánime, existiendo un tradicional debate entre las posturas que se decantan por la tesis de *solve et repete* y las que se muestran a favor del *ius resistentiae* del trabajador.

La jurisprudencia reiterada del TS ha establecido como regla general la doctrina de *solve et repete*, que no solo presupone *iuris tantum* la legalidad de la orden dada por el empresario, sino que impone al trabajador la obligación de obedecerla, sin perjuicio de su derecho a oponerse posteriormente a la misma ante la autoridad laboral. Si el trabajador decidiese arriesgarse a no acatarla, convencido de su antijuricidad, y el juez *ad hoc* al que se plantease la situación estimase que dicha orden estaba dentro del ejercicio regular del poder de dirección, podría llegar a perder su empleo, en los casos más graves (artículos 54.2.b) y 58 ET).

Esta teoría se fundamenta en dos ideas cuestionables, dado que no son jurídicas y además presentan un alto grado de subjetividad: por un lado, la de que el trabajador no es un sujeto legitimado para valorar la orden empresarial; por otro, que el *solve et repete* es necesario para mantener el orden y disciplina en la empresa, pues el desacato del trabajador podría suponer una paralización de la actividad que alterase el ritmo productivo.²⁰

Si bien con el paso del tiempo las constantes críticas por parte de la doctrina han ido matizando este principio, sigue siendo de general aplicación, y lo que suele ocurrir en la práctica es que el TS resuelve sin hacer mención expresa al mismo pero con base en su contenido. Los TSJ siguen, incluso, refiriéndose a él explícitamente. En cuanto a los matices citados, consisten en una serie de supuestos que actúan como excepciones a la norma de obediencia.²¹ Es en este pequeño margen que opera el derecho de resistencia del trabajador, y ha sido definido esencialmente por la jurisprudencia, pero también cuenta con asiento en dos preceptos legales: el artículo 12.4.e) ET y el artículo 21.1.b) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), que si bien no se refieren directamente a este derecho, lo contienen implícitamente.

¹⁹ FABREGAT MONFORT, Gemma (2003), “La posición del trabajador ante las órdenes empresariales. ¿Ius resistentiae o solve et repete?”, *Revista de treball, economia i societat*, n°27, págs. 23 y 24.

²⁰ FABREGAT MONFORT, Gemma (2003), “La posición del trabajador ante las órdenes empresariales (...)”, op., cit., págs. 25 y 26.

²¹ FABREGAT MONFORT, Gemma (2003), “La posición del trabajador ante las órdenes empresariales (...)”, op., cit., pág. 25.

El primero de los artículos indica que la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial no puede imponerse al trabajador de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, mientras que el segundo señala que el empresario está obligado a adoptar las medidas necesarias para que, en caso de peligro grave, inminente e inevitable, los trabajadores puedan interrumpir su actividad, no pudiendo exigir a los trabajadores que continúen prestando servicios. En ambos artículos se especifica que la negativa del trabajador no puede conllevar su despido ni la aplicación de ningún tipo de sanción y es esto lo que determina su enorme relevancia, puesto que, a diferencia con lo que ocurre con los demás supuestos de desobediencia legal, en este caso solo la mala fe o negligencia supondrán responsabilidad por parte del trabajador.²²

Los supuestos en que el trabajador puede negarse a cumplir la orden dada por el empresario son muy escasos y se interpretan de forma restrictiva; la enumeración completa, según la jurisprudencia, es la que se sigue: cuando exista una manifiesta arbitrariedad o abuso de derecho (STS de 26 de junio de 1990, Ar. 5543), cuando la orden sea gravemente discriminatoria, cuando atente contra la dignidad del trabajador y cuando implique peligro grave e inminente para su vida o integridad física.²³ Las SSTs de 28 de noviembre de 1989 (Ar. 8276), de 28 de diciembre de 1989 (Ar. 9281), de 10 de abril de 1990 (Ar. 3231) y de 15 de marzo de 1991 (Ar. 1859), también se refieren a esta casuística.

La carga de la prueba de las anteriores circunstancias recae sobre el trabajador, quien debe acreditarlas objetivamente. Esto entraña una gran dificultad, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha llegado a considerar insuficiente el informe emitido por la Inspección de Trabajo (STS de 9 de octubre de 1989, RJ 7133).²⁴

La jurisprudencia también ha establecido los requisitos que han de concurrir para que, en caso de que la orden empresarial sea considerada legal y dentro del ejercicio regular del poder de dirección, la sanción correspondiente al trabajador pueda ser el despido disciplinario. Dichos requisitos son cumulativos, y en concreto, los siguientes: en primer lugar, la desobediencia no debe tener una causa concreta (STS de 9 de julio de 1987, Ar. 4312); en segundo lugar, el incumplimiento debe ser grave, esto es, consistir en voluntad manifiesta de enfrentarse al empresario (STS de 28 de mayo de 1990, Ar. 4508); en tercer

²² FABREGAT MONFORT, Gemma (2003), “La posición del trabajador ante las órdenes empresariales (...)”, op., cit., pág. 29.

²³ También las órdenes no relacionadas con el trabajo (STS de 25 de mayo de 1997, Ar. 3872).

²⁴ SÁNCHEZ CASTRO, Ivonne (2016): *El derecho de resistencia del trabajador y su escasa regulación en el ordenamiento jurídico español*. Noticias CIELO. Pág. 2.

lugar, debe haber dolo o negligencia en la conducta del trabajador (diversas TSTSJ). Dependiendo del número de requisitos que presente cada caso, la sanción debe graduarse (STS de 15 de octubre de 1990, Ar. 7685).²⁵

En el caso de Verónica, parecen concurrir todas las condiciones necesarias para haber podido ejercer el derecho de resistencia, lo que permite deducir que, con mucha probabilidad, los tribunales habrían fallado a su favor. Pero ha de tenerse en cuenta que, en la práctica, muchos trabajadores evitarían recurrir a este derecho dada la inseguridad jurídica que plantea su regulación en nuestro ordenamiento jurídico, y en mayor medida, por temor a las represalias del empresario.

5.9.- CONSECUENCIAS PARA EL EMPRESARIO EN CASO DE OBLIGAR A UN TRABAJADOR A PRESTAR SERVICIOS DURANTE EL ERTE

En este apartado pasamos a analizar si junto a las acciones individuales de reclamación por parte de la trabajadora, sería posible la imposición de sanciones adicionales a su empleador.

El régimen disciplinario aplicable a las relaciones laborales se encuentra regulado en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS), aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Esta norma define como infracciones laborales “*las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional para el empleo, de trabajo temporal y de inserción sociolaboral, tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente ley*”.

En el supuesto planteado, dado la dirección de la empresa ha incumplido las previsiones legales que regulan el procedimiento de ERTE, su acción tiene encaje dentro del ámbito de aplicación de la LISOS; en concreto, la tipifica el artículo 23.1.j), que califica como infracción muy grave la consistente en dar ocupación a los trabajadores afectados por la suspensión de contratos o reducción de jornada en el periodo de aplicación de estas medidas comunicado a la autoridad laboral o a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo.

²⁵ FABREGAT MONFORT, Gemma (2003), “La posición del trabajador ante las órdenes empresariales (...)”, op., cit., págs. 30 y 31.

El Capítulo VI LISOS recoge las sanciones que corresponden en cada caso, dependiendo de la gravedad de la infracción (leve, grave o muy grave) y de la graduación de la misma, que se realiza atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 39. Dicho precepto dice textualmente, en su apartado primero: *“Las sanciones por las infracciones tipificadas en los artículos anteriores podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, atendiendo a los criterios establecidos en los apartados siguientes”* A continuación, en su apartado segundo dispone que *“(…) las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida”*.

El artículo 40.1.c) LISOS establece las horquillas en que se mueven las cuantías de multa cuando estamos ante una infracción en materia de relaciones laborales y empleo, como es el caso. Así, fija para el grado mínimo una sanción de entre 7.501€ y 30.000€; para el grado medio, una sanción de entre 1.501€ y 3.750€; y finalmente, para el grado máximo, una sanción de entre 3.751€ y 7.500€.

Por otra parte, el artículo 46 LISOS prevé una serie de sanciones accesorias, aplicables sin perjuicio de las que puedan corresponder en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1 LISOS, y para el caso de las infracciones muy graves tipificadas en los artículos 16 y 23 en concreto, dispone que acarrearán para el empresario infractor las consecuencias que se siguen: pérdida automática, y proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, de las ayudas, subvenciones y bonificaciones derivados de la aplicación de programas de empleo; posible exclusión del acceso a dichas ayudas por un periodo máximo de dos años, o de cinco años en algunos de los supuestos previstos por el artículo 23 LISOS; y, por último, devolución de las cantidades percibidas indebidamente, cuando se trate de los casos de las letras d), e) y f) del artículo 16.1 LISOS. Aparentemente, ninguna de estas sanciones parece afectar a nuestro caso concreto.

Lo expuesto hasta ahora comprende la regulación de la potestad sancionadora dentro del orden social, pero es posible que se de concurrencia con los regímenes sancionadores de las restantes jurisdicciones del ordenamiento jurídico. Es por ello que la LISOS, en su artículo 3, se refiere a la concurrencia con el orden penal. Este precepto dice que no pueden sancionarse de nuevo aquellos hechos que ya hayan sido castigados por esta otra vía, cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento (*principio de non bis in ídem*).

De esta forma, si se optara por acudir a la vía penal y a interponer una denuncia por la comisión del delito previsto por el artículo 307 ter CP, la *vis atractiva* del orden penal dejaría en suspenso cualquier procedimiento en el orden laboral. El delito tipificado en el mentado precepto consiste en obtener fraudulentamente, para uno mismo o para otro, prestaciones del sistema de Seguridad Social: *“Quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión.”* El apartado siguiente establece un supuesto agravado de comisión de los hechos, en el que la pena privativa de libertad abarcaría un periodo de dos a seis años, y en todos los casos se impondría, además, una multa del tanto al séxtuplo y se privaría al responsable de la posibilidad de recibir cualquier tipo de subvención o ayuda de la Seguridad Social (en el tipo básico, entre tres y seis años, y en el tipo agravado, entre cuatro y ocho años).

Debe tenerse en cuanto, tanto con respecto a la LISOS como al CP, que no solo es susceptible de cometer esta infracción el empresario, sino también el trabajador. Así, el artículo 2.2 LISOS indica que serán sujetos responsables de la infracción, entre otros, los empresarios, los trabajadores por cuenta propia y ajena y los solicitantes de prestaciones de la Seguridad Social. Esto podría llevar a pensar que en el supuesto de hecho objeto del dictamen, tanto Verónica como su superior podrían ser considerados responsables de las infracciones, pero la redacción del artículo 26 LISOS, que se refiere a las infracciones muy graves cometidas por el trabajador, aclara esta duda al señalar que se castiga la connivencia con el empresario para obtener ayudas de la Seguridad Social. Esto es, solo en el caso de que haya habido acuerdo entre las partes para cometer el fraude el trabajador sería responsable, y en las circunstancias de Verónica, no hubo acuerdo y es su intención denunciar los hechos.

En caso de que la trabajadora optara por acudir al régimen de la LISOS, tendría que efectuar un escrito de denuncia dirigido a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, tal y como lo prescribe el artículo 9.f) del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Este órgano procedería, entonces, a tramitar el correspondiente expediente previo (artículo 2), cuyo acta resultante es requisito necesario para imponer una sanción.

Cabe destacar que, si bien las infracciones de la LISOS no son compatibles con las infracciones penales en los casos de identidad de sujeto, objeto y causa, sí pueden imponerse de forma simultánea a las indemnizaciones que procedan por el ejercicio de las distintas acciones sociales, pues claramente la naturaleza de estos procedimientos es distinta.

5.10.- VÍAS DE ACCIÓN FRENTE A LOS DISTINTOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES POR PARTE DEL EMPRESARIO

En este apartado, previo a las conclusiones, pasamos a analizar las acciones que cabrían contra el comportamiento de la empresa durante el ERTE y ante el retraso continuado del abono del salario pactado.

La extinción voluntaria del contrato de trabajo por parte del trabajador se enuncia en el artículo 49.1.j) ET como una de las causas de extinción del contrato de trabajo y se regula en el artículo 50 ET.

Esta figura no debe confundirse con la dimisión (artículo 49.1.d) ET), situación en la que el trabajador decide dejar de prestar servicios para el empresario de forma unilateral por libre causa, debiendo cumplir el deber de preaviso, cuyo plazo viene determinado en cada caso por el convenio colectivo. Tampoco tiene que ver con el abandono, en que el trabajador decide extinguir la relación de trabajo incurriendo en incumplimiento contractual, sea por incumplimiento del plazo de preaviso, sea por otra causa. Algunos ejemplos de abandono serían los siguientes: dejar el puesto cuando se había pactado permanencia, no solicitar reingreso una vez transcurrido el periodo de suspensión del contrato de trabajo y sin que exista causa justificada y, asimismo, no retornar al inicio de la siguiente campaña, en el caso de los contratos fijos-discontinuos.

Frente a estas clases de extinción, la del artículo 50 ET se caracteriza por fundarse en el incumplimiento grave de las obligaciones del empresario, por lo que su aplicación está condicionada a la existencia de una justa causa. El régimen causal abarca cualquier tipo de incumplimiento siempre que tenga la entidad suficiente, pero el precepto se refiere además, en concreto, a las siguientes situaciones: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que no cumplan con el procedimiento establecido en el artículo 41 ET (letra a) del precepto), la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario (letra b) del precepto) y la negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones o cualquier otro incumplimiento empresarial grave salvo en supuestos de fuerza mayor (letra

c) del precepto). La indemnización que procede en cualquiera de estos casos es equivalente a la que resulta del despido improcedente, y es compatible con la reclamación de los salarios adeudados.

Cuando se dan estas situaciones, en principio el trabajador debe permanecer en el puesto de trabajo hasta que se dicte la sentencia resolutoria de carácter firme, sin embargo, la jurisprudencia ha admitido, excepcionalmente, la posibilidad de abandonar el puesto una vez interpuesta la demanda, cuando haya un importante menoscabo de su dignidad.²⁶ Así lo refleja, a modo de ejemplo, la STS 1313/2016, de 24 de febrero.

En el caso a analizar, parece claro que el contexto no es el del artículo 50.1.a) ET, puesto que no se ha dado una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y la divergencia entre las funciones reconocidas y efectivamente realizadas existe desde el momento de la firma del contrato. Cabe, por tanto, examinar si concurren los requisitos para aplicar las causas previstas en las letras b) y c).

En relación, en primer lugar, al retraso continuado en el abono de los salarios, surge la pregunta de qué debe considerarse incumplimiento grave de esta obligación y si ha de concurrir dolo o culpa en la conducta del empresario, cuestiones que han sido resueltas por la jurisprudencia.

La STS 2533/1992, de 24 de marzo, inicia una línea jurisprudencial que reiteran sentencias posteriores –SSTS de 29 de diciembre de 1994 (Ar. 9173); 5432/1998, de 28 de septiembre; 7468/2008, de 22 de diciembre y 4593/2009, de 10 de junio, entre otras–, por la cual es irrelevante la concurrencia o no de culpa en el empresario: “*es indiferente dentro del artículo 50, que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial*”. En una de las sentencias citadas la empresa se encontraba en concurso y en otra estaba en suspensión de pagos y ello no impidió que se estimase la procedencia de la aplicación del artículo 50 ET.

En cuanto a la pregunta de cuando el retraso del abono de los salarios es de entidad suficiente como para instar la extinción indemnizada del contrato, la jurisprudencia es clara al señalar como grave el retraso continuado en el tiempo. Fue la STS 2533/1992, ya citada, la que sentó esta doctrina, y a partir de la misma las siguientes sentencias ya se establecieron en esta línea jurisprudencial (SSTS 1207/2015, de 27 de enero y 6656/2013, de 5 de diciembre, entre otras). Si bien no se fija una cantidad concreta de meses de demora, las

²⁶ DÍAZ PITA, María Paula (2021): *Acceso a la Abogacía V* (...), op., cit., págs. 154 y 155.

sentencias citadas coinciden en la gravedad de un retraso superior al año. La demora se computa hasta la fecha de celebración del juicio oral y no hasta la presentación de la demanda, y es relevante indicar que, aunque se produzca el abono de los salarios atrasados por parte de la empresa antes de la vista, será imposible enervar la acción resolutoria (SSTS 629/2015, de 19 de enero y 1207/2015, ya citada²⁷). Es decir, que el elemento más importante a considerar para apreciar la gravedad en el retraso del abono del salario es la persistencia o continuidad en el tiempo, y no tanto la magnitud (si bien hay un buen número de sentencias que se refieren al promedio de días de retraso, en los casos en que este no ha sido tan duradero en el tiempo, para apreciar la existencia o no de gravedad).

La norma analógica de la letra c) ofrece algunas complicaciones más, dado que se trata de una cláusula de cierre genérica cuya aplicación es muy restrictiva por parte de los tribunales. La mayoría de casos en que se aprueba la aplicación de esta norma el supuesto de hecho es el de incumplimiento del deber de dar ocupación efectiva a los trabajadores, desde la óptica del menoscabo que ello supone a su dignidad.²⁸ Desde esta perspectiva también es relativamente común apreciar su procedencia en los casos en que se degrada al trabajador a un puesto de trabajo de categoría o grupo inferior sin justificación alguna, cuando se dan situaciones de acoso o cuando la modificación de las condiciones de trabajo obedece a represalias contra el trabajador por parte del empresario ante el ejercicio de derechos legítimos.²⁹ Otros supuestos más minoritarios tienen que ver con incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales o en materia de Seguridad Social.

De cara a la resolución de este dictamen, es interesante poner el foco de atención en el motivo de acoso. Diversas sentencias lo han considerado una justa causa de extinción contractual vía artículo 50.1.c) ET, siempre que se den los siguientes requisitos: de un lado, una decisión directa entre las medidas empresariales denunciadas y las consecuencias de las

²⁷ Esta sentencia aporta una detallada interpretación de los términos del artículo 50.1.b) ET, al señalar que *“nótese que el art. 50.1.b) tipifica la conducta del empresario que puede dar lugar a la demanda del trabajador sobre la base de dos hechos separados por la disyuntiva “o”: “la falta de pago del salario pactado” es el primero; “retrasos continuados en el abono” del mismo, es el segundo. En el momento de la demanda existían los dos. En el momento del juicio ya solamente queda el segundo. Pero ello es suficiente siempre que esos retrasos sean graves. La clave para determinar si concurre esa gravedad nos la proporciona el propio legislador: los retrasos deben ser “continuados”. Obsérvese que el precepto no se refiere a la “magnitud” del retraso, es decir, al tiempo transcurrido entre el momento en que debió hacerse el abono y el momento en que se hizo (aunque, obviamente, ese será un dato a tener muy en cuenta, como de hecho hace nuestra jurisprudencia que, a veces, se ha referido al transcurso de 3 meses) sino a la duración de ese comportamiento moroso (...)”*

²⁸ SIERRA HERNÁIZ, Elisa (2020): “El menoscabo de la dignidad del trabajador como causa de extinción indemnizada del contrato de trabajo (artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores)”, *Lan Harremanak. Revista de relaciones laborales*, nº43, 2020, pág. 85.

²⁹ En este supuesto se considera lesionada la denominada garantía de indemnidad, vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), tal y como indica SIERRA HERNÁIZ, Elisa, “El menoscabo de la dignidad del trabajador como causa de extinción (...)”, op., cit., pág. 88.

mismas sobre el trabajador, que supongan un ataque grave a su dignidad mediante la creación de un entorno hostil, degradante o humillante; de otro lado, la existencia de indicios suficientes. En este punto es importante señalar que no toda conducta abusiva por parte del empresario puede ser considerada acoso moral, sino que es necesaria malicia y plena intención, continuidad en el tiempo y un claro objetivo degradante, mediante actos, gestos y palabras dirigidos a presionar al trabajador de manera real y efectiva. Una sentencia que refleja este contexto con claridad es la STC 81/2018, de 16 de julio.³⁰ De lo expuesto anteriormente, entiendo que existen indicios favorables a la aplicación de la cláusula analógica en este supuesto, como se expondrá más adelante.

Un común denominador entre todas las sentencias que estiman a favor de la resolución del contrato de trabajo vía artículo 50.1.c) ET es que suelen tomar como referencia los derechos laborales previstos por el artículo 4 ET y las infracciones graves y muy graves de los artículos 7 y 9 LISOS, lo que puede utilizarse como un indicio de viabilidad de la pretensión.

El procedimiento establecido al efecto sigue los cauces del procedimiento ordinario, regulado en el artículo 80 y ss. LRJS. El mismo tiene como requisito preprocesal el intento de conciliación administrativa previa, que en Valladolid se realiza ante el Servicio Regional de Relaciones Laborales (SERLA). Dado que no se señala plazo específico, se aplica el general de un año desde la terminación del contrato (artículo 59.1 ET) para ejercitar la acción.

6.- CONCLUSIONES Y RESOLUCIÓN DEL DICTAMEN

I.- Para conocer de los hechos que se plantean es competente el Juzgado de lo Social que por turno corresponda de Valladolid, por ser el lugar donde se encuentra el domicilio del demandado y el lugar donde tiene su domicilio social la empresa.

II.- En el supuesto de hecho, a Verónica le podrían ser potencialmente reconocidas tres categorías profesionales distintas dentro del mismo grupo profesional, puesto que la definición de las mismas no es en absoluto detallada en el convenio aplicable. El único medio para reclamar la más ventajosa de ellas, correspondiente al nivel salarial IV, es mediante la aportación de medios de prueba que acrediten que sus funciones son distintas a las de otros

³⁰ SIERRA HERNÁIZ, Elisa, “El menoscabo de la dignidad del trabajador como causa de extinción (...)”, op., cit., pág. 89.

trabajadores que tienen reconocidos su mismo grupo y categoría actuales. Conviene que la pretensión formulada en la demanda sea la reclasificación en la categoría correspondiente al nivel salarial IV, con petición subsidiaria de asignación de las categorías correspondientes a los grupos V o VI.

El sistema de clasificación profesional establecido por la reforma de 2012, caracterizado por su extrema flexibilidad, trajo como consecuencia una importante desprotección para los trabajadores, hecho que se refleja con claridad en el supuesto de hecho planteado en este dictamen.

El margen funcional que permite es tan amplio dentro de cada grupo, y las categorías o divisiones que lo componen son tan indefinidas, que es fácil para el empresario determinar un grupo profesional inferior a las funciones realmente realizadas o aplicar la movilidad funcional de facto, sin reconocer jurídicamente el cambio y el correspondiente ascenso del trabajador.

La reforma laboral de 2021, si bien logra algunos avances, no aborda gran parte de las cuestiones más importantes que fueron modificadas en 2012 con el objetivo de transformar el ordenamiento jurídico laboral en el sistema más flexible posible. Esta norma impuso la flexibilidad no solo en el ámbito de la clasificación profesional, sino también en otros como la contratación o el despido (logrando así la triple vertiente de flexibilidad de entrada, de salida y funcional). La nueva reforma afecta a la contratación por duración determinada y también introduce de forma permanente importantes garantías de cara a los ERTES, pero no se refiere ni al despido ni al sistema de clasificación profesional, que permanece inalterado.

III.- La polivalencia funcional no tiene cabida en el caso que nos ocupa, puesto que no fue pactada en el momento de celebración del contrato. Aun de haber sido así, la equivalencia salarial debe efectuarse respecto a las funciones que la trabajadora realiza durante la mayor parte de la jornada, por lo que en ningún caso podría corresponderle el nivel salarial que tiene actualmente asignado, el VII.

IV.- Respecto de la pretensión de reclasificación en grupo profesional, deben seguirse los cauces del procedimiento de clasificación en grupo profesional previsto en el artículo 137 LRJS, y no los del procedimiento ordinario ni los del artículo 138 LRJS. Ello es así porque en este caso existe una divergencia entre las funciones realizadas por la trabajadora y las que le son reconocidas legalmente, estando las primeras comprendidas en una categoría y grupo

superiores. Cuando la pretensión en materia de encuadramiento profesional es la de reclamar una categoría superior y lo que se discute es la equivalencia de las tareas que se desempeñan con las categorías y grupos del convenio, procede seguir esta vía. No sería de este modo si se reclamase una categoría o grupo inferior o si el centro del debate fuera una cuestión de Derecho (por ejemplo, el encaje del grupo profesional reconocido con las antiguas categorías).

V.- El incumplimiento del ERTE tiene la calificación de grave por más de un motivo, y entre ellos, por suponer la infracción del principio de buena fe contractual por parte del empresario, principio este que se mantiene durante la suspensión de los contratos.

VI.- Es necesaria la regulación legal específica del derecho de resistencia del trabajador, sistematizada en un único precepto, que enumere todos los supuestos en que cabe ejercitar el mismo con una breve definición de conceptos. De esta forma, el trabajador podría negarse a la obediencia alegando la existencia de alguna de estas circunstancias, contando con una mayor seguridad jurídica, dado que existirán menos posibilidades de que su conducta se califique como dolosa o negligente –cuestión esta que en la actualidad es bastante ambigua y queda enteramente al criterio del juez *ad hoc*–.

Hasta el momento en que exista esta previsión legal, lo ideal sería la aplicación analógica del artículo 21 LPRL por parte de los tribunales, con una interpretación menos estricta de los requisitos.

VII.- La trabajadora cuenta con dos posibilidades de acción dependiendo de cuáles sean los intereses que pretende tutelar.

Así, en caso de no querer extinguir la relación de trabajo, podría instar un procedimiento de clasificación en grupo profesional (artículo 137 LRJS), al que podría acumular la reclamación de las cantidades equivalentes a las diferencias salariales entre grupos. Para el caso de que desease extinguir la relación de trabajo, podría interponer una acción de extinción por incumplimiento grave del empresario (artículo 50.1.b) y c) ET) en el seno del procedimiento ordinario, reclamando conjuntamente las cantidades adeudadas que correspondan.

Finalmente, también existiría una tercera vía que sería la más completa pero también la más compleja, consistente en reclamar todos los conceptos: iniciar un procedimiento de clasificación profesional, obteniendo el reconocimiento del auténtico grupo profesional y las

cantidades adeudadas mediante la acumulación de acciones en un solo procedimiento, y reclamar después de un tiempo por los distintos incumplimientos contractuales.

Considero que la mejor opción para dar cobertura a los derechos que legítimamente puede reclamar la trabajadora es instar un procedimiento ordinario de extinción voluntaria del contrato de trabajo.

VIII.- Finalmente, y si bien esta es una cuestión puramente teórica y sin ninguna repercusión en la práctica, puesto que los supuestos del artículo 50 ET son alternativos, se plantea la duda de si podría reclamarse la aplicación del artículo 50 ET por la cláusula abierta de la letra c).

Mientras que la procedencia de la aplicación de la letra b) es clara, la cautela con la que se estima la concurrencia de la norma analógica por parte de los tribunales no permite asegurar que en este caso se contemplase. A pesar de ello, pienso que existen bastantes elementos favorables a ello, especialmente porque la actuación de la empresa puede subsumirse en una conducta de acoso moral de entidad suficiente para suponer menoscabo a la dignidad de la trabajadora, quien además tendría sobrados medios de prueba para acreditarlo (emails, llamadas, conversaciones de whatsapp, testimonios de compañeros de trabajo, etc). Asimismo, deben tenerse en cuenta los numerosos incumplimientos adicionales: al obligar a Verónica a seguir prestando servicios durante el ERTE, la empresa comete a la vez una infracción en materia de Seguridad Social (tipificada por la LISOS y susceptible de ser perseguida también penalmente), falta a su deber de actuación conforme a la buena fe contractual.

Es por todo lo anterior, y teniendo en cuenta la jurisprudencia sobre las cuestiones del acoso moral y el principio de buena fe, que pienso que en el presente caso habría posibilidades de alegar la circunstancia de la letra c) conjuntamente a la b).

7. FUENTES: NORMATIVA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

• FUENTES NORMATIVAS

- Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).
- Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.
- Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Constitución Española de 1978.
- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.
- Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo
- Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo.
- Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo.
- Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.
- Resolución de 20 de enero de 2020 de la Oficina Territorial de Trabajo de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León, por la que se publica el Convenio Colectivo de trabajo para el Comercio en General de Valladolid y provincia.

-Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva.

-Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva.

• DOCTRINA

-ALFONSO MELLADO, Carlos Luis (2015): “Flexibilidad interna negociada: un objetivo deseable”, *Gaceta sindical. Reflexión y debate. Nueva etapa nº25. Diciembre 2015*. Ed: Confederación Sindical de Comisiones Obreras.

-ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2015): “Clasificación profesional y movilidad funcional. Alternativas de la negociación colectiva frente a la acción unilateral de la empresa”, *Gaceta Sindical. Reflexión y debate. Nueva etapa nº25. Diciembre 2015*. Ed. Confederación Sindical de Comisiones Obreras.

-CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, *et al* (2014): *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social*. Ed. Laborum.

-DÍAZ PITA, María Paula (2021): *Acceso a la Abogacía V. Materia laboral. Tercera Edición*. Ed. Tecnos.

-FABREGAT MONFORT, Gemma (2003): “La posición del trabajador ante las órdenes empresariales. ¿Ius resistentiae o solve et repete?”, *Revista de treball, economia i societat, nº27. 23-33*.

-FOLGUERA CRESPO, José Ángel (2011): *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social*. Ed. LEX NOVA.

-GIL y GIL, José Luis (2013): “Poderes del empresario y riesgos psicosociales en el trabajo en España”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, nº4, octubre-diciembre de 2013.

-MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda (2018): “Casos relativos a las modalidades procesales especiales. 1. Generalidades”, *Derecho Procesal Laboral Práctico*, Ed. Tirant lo Blanch.

-ROMERA PASTOR, Adrià (2020): *Crisis del COVID. ERTE y otras medidas laborales en el Estado español*. Universitat Autònoma de Barcelona.

-SÁNCHEZ CASTRO, Ivonne (2016): *El derecho de resistencia del trabajador y su escasa regulación en el ordenamiento jurídico español*. Noticias CIELO.

-SIERRA HERNÁIZ, Elisa (2020): “El menoscabo de la dignidad del trabajador como causa de extinción indemnizada del contrato de trabajo (artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores)”, *Lan Harremanak. Revista de relaciones laborales*, nº43, 2020.

• JURISPRUDENCIA

-TRIBUNAL CONSTITUCIONAL-

-STC 19/1985, de 13 de febrero (recurso de amparo nº 98/1984).

-STC 172/1987, de 8 de noviembre (recurso de amparo nº 678/1986).

-STC 129/1989, de 17 de julio (recurso de amparo nº 987/1989).

-STC 81/2018, de 16 de julio (recurso de amparo nº 2119/2013).

-TRIBUNAL SUPREMO-

-STS de 9 de julio de 1987 (Ar. 4312).

-STS de 28 de noviembre de 1989 (Ar. 8276).

-STS de 28 de diciembre de 1989 (Ar. 9281).

-STS de 10 de abril de 1990 (Ar. 3231).

-STS de 26 de junio de 1990 (Ar. 5543).

-STS de 28 de mayo de 1990 (Ar. 4508).

-STS de 15 de octubre de 1990 (Ar. 7685).

-STS de 15 de marzo de 1991 (Ar. 1859).

-STS de 24 de marzo de 1992 (nº recurso 413/1991).

- STS 409/1993, de 5 de febrero (nº recurso 101/1992).

-STS de 29 de diciembre de 1994 (Ar. 9173).

-STS 1057/1995, de 24 de febrero (nº recurso 2619/1994).

-STS 530/1997, de 30 de enero (nº recurso 1634/1996).

- STS de 25 de mayo de 1997 (Ar. 3872).
- STS 5432/1998, de 28 de septiembre (n° recurso 930/1998).
- STS de 24 de mayo de 2005 (Ar. 3320).
- STS 6391/2006, de 13 de octubre (n° recurso 2867/2005).
- STS 1570/2007, de 18 de enero (n° recurso 4166/2005).
- STS 7468/2008, de 22 de diciembre (n° recurso 294/2008).
- STS 2427/2009, de 3 de abril (n° recurso 1106/2008).
- STS 4593/2009, de 10 de junio (n° recurso 2461/2008).
- STS 6656/2013, de 5 de diciembre (n° recurso 2071/2012).
- STS 629/2015, de 19 de enero (n° recurso 569/2014).
- STS 1207/2015, de 27 de enero (n° recurso 14/2014).
- STS 1313/2016, de 24 de febrero (n° 2920/2014).
- STS 4092/2021, de 2 de noviembre (n° recurso 90/2021).