



**R & G** | RIVERO &  
GUSTAFSON  
a b o g a d o s

Avenida de Burgos, 17 3º  
28036 Madrid  
Tel.+34 91 561 51 01  
Fax.+34 91 561 50 66  
[www.riverogustafson.com](http://www.riverogustafson.com)

## NEWSLETTER OCTUBRE 2016

### Esta Newsletter contiene:

#### LABORAL:

MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO. SOBRE EL LEVANTAMIENTO DEL VELO Y EL  
DESCUBRIMIENTO DEL AUTÉNTICO EMPLEADOR ..... PÁG. 2

LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EXAMINARÁ LOS DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES ..... PÁG. 3

ELIMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE LAS EMPRESAS DE DISPONER DE UN “LIBRO DE VISITAS” DE LA  
INSPECCIÓN DE TRABAJO ..... PÁG. 4

#### PROCESAL:

EL TRIBUNAL SUPREMO INADMITE A TRÁMITE EL RECURSO DE CASACIÓN SOBRE EL RETORNO DE UN  
MENOR PREADOPTADO A SU MADRE BIOLÓGICA ..... PÁG. 6

## MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO. SOBRE EL LEVANTAMIENTO DEL VELO Y EL DESCUBRIMIENTO DEL AUTÉNTICO EMPLEADOR

### Sentencia del Tribunal Supremo nº 475/2016 de 2 junio. (RJ 2016\3550)

En esta sentencia, que confirma la de la Audiencia Nacional de fecha 30 de marzo de 2015, serán dos, las cuestiones jurídicas sobre las que se desarrolla el conflicto jurídico, estando la segunda muy vinculada a la primera.

**En primer lugar**, dilucidar el auténtico empleador, o dicho de otro modo, si estamos ante una empresa aunque de facto aparezcan las dos codemandadas como diferenciadas.

**En segundo lugar**, la respuesta a la pregunta anterior condicionará el cumplimiento o no de los requisitos previstos en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, ya ampliamente interpretado por la jurisprudencia del TS, para que una empresa pueda proceder a la modificación sustancial de condiciones de trabajo de sus trabajadores, señaladamente la documentación a presentar para que el período de consultas pueda desarrollarse en tiempo y forma útil para poder alcanzar un acuerdo a atenuar el impacto de la decisión empresarial.

Pues bien, la resolución del TS desestima los recursos de casación interpuestos por la Obra Salesiana de la Inspectora María Auxiliadora y por Ediciones Don Bosco Edebé (EDEBÉ), contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social de la AN, que anuló la decisión de la primera de proceder a la modificación sustancial de condiciones de trabajo de su personal, condenando solidariamente a los dos demandadas a reponer a los trabajadores afectados por el conflicto en las mismas condiciones anteriores, así como a abonarles las diferencias retributivas correspondientes.

La Sala 4ª del TS recuerda su consolidada doctrina jurisprudencial sobre las diferencias, a efectos de regulación de la información a facilitar por la empresa, entre un procedimiento de modificación sustancial ex art. 41 del Estatuto de los Trabajadores y los de extinción y suspensión de contratos, y reducción de jornada de trabajo ex arts. 51 y 47 del Estatuto de los Trabajadores y arts. 4. Y 5 del RD 1483/2012, si bien acepta una aplicación analógica de los preceptos reglamentarios en punto a conseguir que los representantes de los trabajadores (tanto al amparo del art. 41 como del 64 del Estatuto de los Trabajadores) *“dispongan de una información suficiente para que el período de consultas alcance sus fines”*.

Pues bien, la parte trabajadora pidió una amplia información que consideraba necesaria para poder negociar, que no le fue facilitada por la empresa salvo la relación salarial. Dado que era realmente la Inspección quien hubiera debido iniciar la tramitación del procedimiento, no debió escudarse en la aparente decisión de otra empresa, EDEBÉ, para negar cualquier implicación al respecto, y de ahí que hubiera debido aportarse toda la

documentación solicitada por la parte trabajadora; es decir, y con cita de la sentencia de la AN, *“la aportación de las cuentas de la Inspectoría y de las empresas del grupo que se han referido en hechos probados, dedicadas a la actividad de edición y venta de libros, así como el desglose de las cuentas de trabajo para terceras personas y servicios exteriores era el único modo de contrastar los datos económicos y productivos alegados por EDEBE y su coherencia en relación con la actuación de sus filiales”*.

Desestimado el recurso de casación interpuesto por EDEBE, la Sala pasó a dar debida respuesta al presentado por la Inspectoría María Auxiliadora, desestimando el recurso y subrayando nuevamente la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, trayendo a colación varias sentencias dictadas en 2014 que reiteran el criterio ya expuesto en la sentencia de 2 de junio de 2004, es decir la admisión de su aplicación *“en la creación de empresas aparentes, asociadas a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, subrayando que la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio – determinante de solidaridad – cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante”*.

## LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EXAMINARÁ LOS DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES

El Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo (CT 97/2016) sobre cuestiones laborales y de Seguridad Social relativas al desplazamiento de trabajadores procedentes del Espacio Económico Europeo (EEE) hacia España, y de España hacia otro Estado del EEE, consagra la libertad de prestación de servicios en el mercado interior, pero recalca que ésta exige la existencia de una empresa real en el Estado de envío que lleve a cabo una auténtica prestación de servicios.

Es por ello que la Inspección pretende perseguir las sociedades ficticias creadas exclusivamente para desplazar trabajadores.

Asimismo, y al objeto de verificar el carácter transnacional de la prestación de servicios, la Inspección se propone comprobar la realidad del establecimiento de la empresa en el Estado de envío, lo que exige que ésta disponga de soporte material y organizativo y que desarrolle actividades sustantivas y no de mera gestión.

En concreto, según la Inspección, hay varias notas que definen al desplazamiento:

- i.** *Debe existir un contrato de trabajo previo al desplazamiento;* si bien nada impide que la empresa concierte un contrato *“ex novo”* con el único fin de desplazar a ese nuevo trabajador.
- ii.** *Debe mantenerse la relación laboral durante el desplazamiento,* de forma que la empresa que desplaza al trabajador sea quien defina los detalles de su trabajo; corra con los gastos de alojamiento, manutención y transporte; ponga las herramientas, ropa y equipos de trabajo; y cumpla con las correspondientes obligaciones laborales y de Seguridad Social.

- iii. *El desplazamiento debe ser temporal*, si bien ni la Ley 45/1999 ni la Directiva 96/71 fijan un límite máximo, por lo que la Inspección procederá a valorar una serie de elementos, conforme a la Directiva 2014/67 (naturaleza de las actividades, reembolso de los gastos de alojamiento, manutención y transporte, etc.), de cara a determinar dicho carácter temporal.

Solo en tales casos, la empresa que desplaza a sus trabajadores puede optar por mantenerlos bajo la legislación de Seguridad Social del Estado de envío durante un máximo de dos años que serán prorrogables bajo determinadas condiciones.

A los efectos de valorar la validez del mantenimiento en la Seguridad Social española, el Criterio Técnico considera imprescindible la concurrencia de los requisitos del desplazamiento arriba expuestos, y en caso de no considerar la situación como un desplazamiento válidamente efectuado, la Inspección remitirá a la Tesorería General de la Seguridad Social informe al respecto para su control.

A este respecto, la Ley española (Ley 45/1999) mejora lo dispuesto en la Directiva, estableciendo la obligación de garantizar a los trabajadores desplazados a España las condiciones de trabajo previstas no sólo en la ley sino también en los convenios colectivos aplicables en el lugar y sector correspondiente (sin perjuicio de otras normas o acuerdos más favorables).

Resulta vital tener presentes las directrices que guían la actuación de la Inspección de Trabajo dado que el cumplimiento de las disposiciones de la Ley 45/1999 va a ser objeto de campaña específica para el año 2017 y sucesivos.

### **LA NUEVA ORDEN ESS/1452/2016, DE 10 DE JUNIO, SUPONE LA COMPLETA ELIMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE LAS EMPRESAS DE DISPONER DE UN “LIBRO DE VISITAS” DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO**

La Orden ESS/1452/2016, de 10 de junio, aprueba el nuevo modelo para la extensión de las diligencias realizadas por los funcionarios de la Inspección de Trabajo, con motivo de las acciones efectuadas en los centros de trabajo o en comparecencia de las empresas en las propias oficinas de la Inspección.

Esta obligación empresarial, que sirve para dejar constancia de las actuaciones inspectoras realizadas en cada empresa, fue objeto de una primera adaptación en 2013 cuando se sustituyó el tradicional Libro de Visitas, en formato papel, por un Libro de Visitas electrónico.

Ahora se trasladan de las empresas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social las obligaciones relacionadas con la necesidad de documentar y dejar constancia de las actuaciones inspectoras, liberando a los empresarios de una obligación formal cuya ausencia constituía infracción leve por considerarse obstrucción a la labor inspectora.

Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores Laborales, cuando realicen las visitas a los centros de trabajo o realicen las pertinentes comprobaciones por comparecencia en dependencias públicas, extenderán diligencia en el modelo previsto en el anexo de la Orden (podrán utilizarse los medios electrónicos). Se extenderá una diligencia por cada visita o comprobación, reflejando las materias o aspectos examinados y demás incidencias concurrentes, que deberá ser conservada por un plazo de cinco años.

**EL TRIBUNAL SUPREMO INADMITE A TRÁMITE EL RECURSO DE CASACIÓN SOBRE EL RETORNO DE UN MENOR PREADOPTADO A SU MADRE BIOLÓGICA, REITERANDO SU CONSTANTE JURISPRUDENCIA DE QUE, EN ESTOS SUPUESTOS, LA ÚLTIMA PALABRA CORRESPONDE A LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES**

El Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha decidido no admitir a trámite los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal, por la Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias y por los padres preadoptantes, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, que decretó la devolución a su madre biológica de su hijo menor que había sido entregado en preadopción a un matrimonio de Valencia.

El Auto no entra ni siquiera a resolver sobre el fondo de la cuestión pues el Tribunal Supremo reitera su constante jurisprudencia de que contra las resoluciones sobre esta materia no caben recursos extraordinarios ante el Tribunal Supremo, correspondiendo la decisión final a las Audiencias Provinciales.

De esta manera, la Audiencia Provincial de Asturias (causando un importante revuelo social y mediático) estimó el recurso de apelación interpuesto por la madre biológica del menor, la cual, a juicio del Tribunal, no se encontraba incurso en ninguna de las causas que determinan la privación de la patria potestad y, por tanto, resultaba imprescindible su asentimiento para que su hijo pudiera ser dado en adopción.

El caso objeto de análisis comienza cuando una menor de edad tutelada por la Administración quedó embarazada y tuvo un bebé. Como medida protectora, el menor fue dado en acogimiento pre adoptivo a un matrimonio de Valencia. No obstante, la madre biológica no solo no prestó su asentimiento a la adopción, sino que manifestó desde el principio su rotunda oposición a esa medida, iniciando, a partir de ese momento, una batalla judicial con el fin de recuperar la patria potestad del niño, contra la Consejería de Bienestar Social y Vivienda y frente al Ministerio Fiscal.

Habiendo sido inicialmente rechazadas sus pretensiones por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo al entender que «no es preceptivo el asentimiento del demandante en la adopción del menor, por hallarse la actora incurso en causa de privación de la patria potestad» y presentado por la madre el consiguiente recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Oviedo estimó dicho recurso, decretando el inmediato retorno del menor con su madre biológica, sin que la posible interposición de recursos posteriores suspendiera la eficacia de la medida

La madre biológica alega en su demanda que no estaba incurso en supuesto de privación sino de suspensión de la patria potestad, a la vista de las circunstancias en las que se desarrolló el embarazo y posterior nacimiento del hijo (era menor y estaba tutelada), la casi nula comunicación y visitas entre ambos y su manifiesta oposición a la constitución del acogimiento preadoptivo.

Por su parte, el Principado de Asturias, Entidad Pública competente en materia de Protección de Menores, alegó que la apelante sí se encontraba incurso en causa de privación de la patria potestad no por ser una niña tutelada, sino por la dejación de las obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, a pesar de los apoyos que recibió.

En idénticos términos se posiciona el Ministerio Fiscal, solicitando que se confirme la sentencia de instancia debido al incumplimiento grave de las funciones parentales de la demandante, por su edad, la falta de apoyo familiar externo y las fugas de los centros de protección donde debía residir.

Si bien la trabajadora social emitió un primer informe negativo, al entender que ni la madre biológica ni la abuela materna son aptas para cuidar del menor, los informes de los peritos del equipo psicosocial del juzgado son contundentes al concluir que la demandante «no presenta alteraciones en su estructura de personalidad y cuenta con la ayuda de su entorno familiar», considerando que «debe ser ella, como madre biológica capacitada quien debe encargarse de la custodia de su hijo en detrimento de las medidas adoptadas por la Consejería».