

EL DERECHO DEL TRABAJO QUE VIENE

REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA LABORAL QUE NECESITAMOS

Dirección académica:

Carolina Martínez Moreno

Catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo

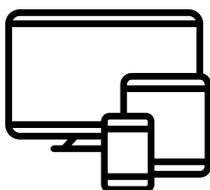




¡Gracias por confiar en Colex!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades e-Book



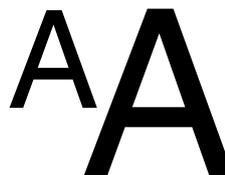
**Acceso desd.
cualquier dispositivo**



**Idéntica visualizació.
a la edición de papel**



Navegación intuitiva



Tamaño del texto adaptable

Puede descargar la APP «Editorial Colex» para acceder a sus libros y a todos los códigos básicos actualizados.



Síguenos en:



EL DERECHO DEL TRABAJO QUE VIENE

**REFLEXIONES SOBRE
LA REFORMA LABORAL QUE NECESITAMOS**

EL DERECHO DEL TRABAJO QUE VIENE

**REFLEXIONES SOBRE
LA REFORMA LABORAL QUE NECESITAMOS**

EDICIÓN 2023

Dirección académica:
Carolina Martínez Moreno

Coordinación:
Marcos Óscar Martínez Álvarez

COLEX 2023



GOBIERNO DEL
PRINCIPADO DE ASTURIAS

CONSEJERIA DE INDUSTRIA, EMPLEO
Y PROMOCIÓN ECONÓMICA

Copyright © 2023

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Carolina Martínez Moreno

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, 15004, A Coruña (Galicia)
info@colex.es
www.colex.es

SUMARIO

PRÓLOGO

Prólogo.....	13
--------------	----

I.

UN BALANCE SOBRE LA REFORMA LABORAL DE 2021 TRAS UN AÑO DE VIGENCIA

Diego Álvarez Alonso

1. Introducción	13
2. La reforma laboral de 2021: antecedentes y contexto	14
3. Objetivos y contenidos de la reforma: la reducción de la temporalidad como propósito principal ..	16
4. La rápida transformación del modelo de contratación laboral y la reducción de la temporalidad ...	19
5. La polémica de los fijos-discontinuos y otras críticas (o mitos) en torno a la reforma laboral	21
6. Cuestiones pendientes y perspectivas de futuro	25
7. Conclusiones	29
Bibliografía y documentación	30

II.

EL FORTALECIMIENTO DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LA REFORMA DE 2021

Ignacio González del Rey Rodríguez

1. Estabilidad en el empleo, contratos de trabajo y reformas laborales	33
2. Medidas generales de fortalecimiento de la contratación indefinida en la reforma laboral de 2021 ..	35
3. La supresión del contrato por obra o servicio determinados	38
4. Los contratos de duración determinada por circunstancias de la producción	41
5. Los contratos de sustitución o interinidad	44
6. Los contratos fijos discontinuos	46

III.

EL NUEVO CONTRATO FORMATIVO Y EL ESTATUTO DEL BECARIO: RETOS Y PROPUESTAS DE UNA REGULACIÓN INACABADA

Alba García Torres

1. Modalidades de contrato formativo: contrato para la formación en alternancia y para la obtención de práctica profesional	53
2. Delimitación jurídica de la figura del becario: ausencia normativa y acción jurisprudencial	57
3. El proyecto de Estatuto del Becario: una primera aproximación	62

IV.

**REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL EN LA EMPRESA: UNA REFORMA
TAN NECESARIA COMO POCO PROBABLE**

Luis Antonio Fernández Villazón

1. Democracia en la empresa. Por qué es importante que la representación del personal funcione . . .	65
2. El modelo español de representación y sus deficiencias	68
3. Propuestas de reforma	74
4. Perspectivas de futuro	77
5. Bibliografía	80

V.

PRESENTE Y FUTURO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Carolina Martínez Moreno

1. Consideraciones preliminares: el eterno anhelo de modernización del modelo de negociación colectiva	83
2. La prioridad aplicativa del convenio de empresa: el valor de las cosas pequeñas	85
3. La determinación del convenio aplicable en el trabajo en contratas: lo que pudo ser y no fue	90
4. La regla sobre el final de la ultraactividad del convenio colectivo: la historia interminable.	94
5. Las comisiones « <i>ad hoc</i> »: la historia de una no-muerte anunciada	99
6. Los contenidos del convenio colectivo: nuevos y no tan nuevos desafíos	104

VI.

**CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD EN LOS CUIDADOS: LÍNEAS
EVOLUTIVAS Y RETOS PARA LOS DERECHOS LABORALES**

Ana Rosa Argüelles Blanco

1. De la responsabilidad femenina a la corresponsabilidad familiar y social.	107
2. Del cuidado directo de menores y familiares próximos al cuidado de las personas convivientes . . .	113
3. La adaptación de la jornada y otras condiciones de trabajo como genuina fórmula para la conciliación.	118
4. El cooperador necesario: la previsibilidad y transparencia en los tiempos de trabajo	127
5. Bibliografía	134

VII.

**LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS ERTES: ASPECTOS CRÍTICOS Y
PROPUESTAS DE MEJORA DE SU REGULACIÓN**

Carlos García Barcala

1. Introducción	139
2. El nuevo marco normativo de los ERTES: principales novedades.	140
3. Valoración crítica de algunos aspectos de la nueva regulación normativa. Propuestas de mejora futura de la regulación de los ERTES.	145

VIII.

**INDEMNIZACIONES LEGALES TASADAS POR EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL.
APUNTE CRÍTICO SOBRE LAS NUEVAS PROPUESTAS DE COMPLEMENTACIÓN
JUDICIAL MEDIANTE COMPENSACIONES ADICIONALES**

Óscar Fernández Márquez

1. Introducción	151
2. Finalidad y sentido de las indemnizaciones por extinción de la relación laboral	152
3. Cuestionamiento del formato automático y legalmente tasado de las indemnizaciones	156
4. Crítica de la propuesta de complementación judicial de las indemnizaciones legales	159

IX.

DERECHO DEL TRABAJO Y SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL: DESAFÍOS Y RESPUESTAS

Iván Antonio Rodríguez Cardo

1. Introducción	167
2. Algoritmos y Derecho del Trabajo: panorámica general	169
3. La transparencia como cautela principal frente a los algoritmos	171
4. Titularidad de derechos y obligaciones e imputación de responsabilidades en la gestión laboral algorítmica	173
5. Transparencia de la gestión laboral algorítmica <i>vs.</i> opacidad de la gestión laboral humana	174
6. Impacto de las obligaciones de transparencia sobre el contenido y alcance del poder de dirección: ¿hacia un nuevo modelo de participación de los trabajadores?	177
7. A modo de conclusión: la eficacia de las herramientas tradicionales para combatir la discriminación algorítmica	178

X.

**NOVEDADES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA: EL RD 629/2022, DE 26 DE JULIO Y
EL ACCESO AL EMPLEO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS**

Ángeles Ceinos Suárez

1. Aspectos clave de la reforma desde una perspectiva laboral	181
2. El arraigo laboral como vía de acceso hacia la regularidad administrativa	184
3. El arraigo social como vía de acceso hacia la regularidad administrativa	185
4. El arraigo familiar como vía de acceso hacia la regularidad administrativa	186
5. El arraigo para la formación como vía de acceso hacia la regularidad administrativa	188
6. El procedimiento general: la importancia del Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura	190
7. La gestión colectiva de contrataciones en origen	191
8. Novedades en la transición de la situación de estancia por estudios, formación o prácticas a la situación de residencia y trabajo	194
9. El trabajo por cuenta propia: favorecimiento del autoempleo	194
10. Reflexión final	196

SUMARIO

XI.

EL NUEVO ESTATUTO JURÍDICO DEL PERSONAL AL SERVICIO DEL HOGAR

Paz Menéndez Sebastián

Alex Minculeasa Copcea

1. Presentación de la temática objeto de estudio y aproximación al entramado normativo regulador de la actividad	197
2. Ámbito de aplicación de la relación laboral especial y fuentes de regulación	199
2.1. Persona empleadora. Alcance de la fórmula legal (persona titular del hogar familiar)	199
2.2. Prestaciones integradas y excluidas de la relación laboral especial	201
2.3. Fuentes reguladoras del contrato	202
3. Formalización del contrato, pactos contractuales y régimen jurídico de la prestación del servicio: retribución, tiempo de trabajo y subrogación empresarial	203
3.1. Forma escrita y presunción de indefinición	203
3.2. Pacto de periodo de prueba	205
3.3. Régimen jurídico de la prestación efectiva del servicio: retribución, tiempo de trabajo y subrogación empresarial	206
4. Extinción contractual	207
4.1. Causas generales y causas especiales de extinción causal	207
4.2. Alcance del novedoso desistimiento causal. Distinción de la causalidad del desistimiento y del despido disciplinario	209
5. Protección frente a la insolvencia y al desempleo	211
5.1. Alcance de la responsabilidad del FOGASA	211
5.2. Protección por desempleo (alcance y reglas de cotización)	212
6. Temas aplazados (prevención de riesgos) y valoración final	215

XII.

PLANES DE IGUALDAD Y PROTOCOLOS DE ACOSO: UNA VISIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL ACTUAL.

Marcos Óscar Martínez Álvarez

1. Introducción	219
2. Análisis del actual marco normativo y sus novedades	220
3. Relación entre los planes de igualdad y los protocolos contra el acoso	224
4. Protocolo para la prevención y el tratamiento del acoso sexual y por razón de sexo	225
5. Dos nuevas obligaciones: la implantación de medidas contra la discriminación y el protocolo frente al acoso por razón de orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género	228
6. Análisis jurisprudencial	229
7. Bibliografía	235

PRÓLOGO

El libro que tiene ente sus manos es un libro abierto al futuro. La temática abordada son los cambios y actualizaciones legislativas producidas en los últimos años en España, que permite a empresas y personas trabajadoras disponer de una normativa laboral adaptada a los tiempos presentes y abierta a los tiempos futuros; con el objetivo de tener un mercado de trabajo equilibrado y basado en la igualdad, así como en la modernización del derecho del trabajo para una mayor garantía en las relaciones laborales, con un claro fin social: acabar con el desempleo y la temporalidad.

Entre otras normativas laborales a las que se hace mención en esta obra, las personas autoras han querido abordar en profundidad la última reforma laboral: 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. Esta reforma destaca por ser ambiciosa y contar con un elemento diferenciador con las anteriores: el aval a través del diálogo social. Tras un periodo de negociación muy activo, las organizaciones sindicales y patronales CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, acordaron junto al Gobierno de España las medidas contenidas en este decreto-ley, dando lugar a una reforma que cuenta con el total respaldo de los agentes sociales; siendo precisamente uno de los principales objetivos del Gobierno dar cumplimiento a la Constitución Española y poner las condiciones necesarias para que sean los propios agentes sociales los que lleguen a amplios acuerdos como ejercicio de la más amplia democracia.

Es evidente que el mundo laboral cada día es más complejo. Los nuevos modelos basados en la tecnología y la globalización han traído nuevas formas de entender las relaciones laborales, que hacen necesario establecer cambios a través del diálogo social en materias de contratación, representación en la empresa, negociación colectiva, medidas de flexibilidad laboral, políticas de igualdad y acoso... Todo esto conlleva una forma de entender e implantar las relaciones laborales que debe ser objeto de análisis, para que las personas que se dedican a asesorar a empresas y personas trabajadoras tengan una obra de referencia, que permita entender mejor la normativa laboral y transmitir información adecuada en mejora de las relaciones laborales.

Desde esta obra se hace un balance de los efectos que la última reforma laboral ha tenido sobre el mercado de trabajo español, en su intención de corregir los desequilibrios que arrastraba y agravaron los ciclos económicos y, sobre todo, de su adaptación al nuevo contexto global de las relaciones laborales en este país.

Sin duda la opinión de la investigación académica y la práctica profesional son bases de referencia para poder tener las relaciones laborales que merecemos como sociedad avanzada y que busca el progreso de la mayoría.

En este sentido, las personas autoras, profesoras universitarias de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y profesionales vinculados al ejercicio del Derecho y Graduado Social, han centrado sus esfuerzos en hacer un ejercicio de reflexión sobre la reforma laboral que necesitamos, de manera constructiva, basada en opiniones expertas, en la investigación y en la práctica diaria de las relaciones laborales... lo que hace que las aportaciones que transmiten a través de sus artículos sirvan para futuras actualizaciones y reformas, como forma de contribuir a la materia que les une *El Derecho del Trabajo que viene*.

Pedro Fernandez-Raigoso Castaño
Director General de Empleo y Formación.
GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

I.

UN BALANCE SOBRE LA REFORMA LABORAL DE 2021 TRAS UN AÑO DE VIGENCIA

Diego Álvarez Alonso

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

1. Introducción

Cumplido ya un año desde la entrada en vigor del 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 trabajo¹, es buen momento para hacer un balance de dicha reforma laboral de 2021, que es precisamente lo que se pretende en estas páginas. En cualquier caso, por obvio que sea, cabe advertir que sobre una disposición tan relevante, extensa y compleja cabría realizar distintos tipos de valoración o balance, con diferentes enfoques posibles, complementarios o incluso contrapuestos, cada uno con potenciales virtudes y limitaciones. Por tanto, conviene apuntar desde el principio, con total transparencia y honestidad, el tipo de análisis que aquí se realiza, dejando constancia de su alcance, de las aportaciones que pretende ofrecer, y también de sus limitaciones, que cabe reconocer desde ya mismo, incluso a modo de descargo de responsabilidad o *disclaimer* sobre aquello que no se trata o que se podría abordar con otras formas de aproximación diversas e incluso mejores o más profundas.

De entrada, es evidente que el aquí recogido es un balance realizado como modesta aportación personal del autor, con valor muy distinto a los emitidos con carácter oficial por diversas instituciones estatales o supranacionales, o a la evaluación sobre la contribución a la reducción de la temporalidad prevista en el propio Real Decreto-ley 32/2021 para enero de 2025 y, posteriormente, cada dos años². Se trata, por tanto, de una valoración con cierta dosis de subjetividad, aunque se ha pretendido realizar con el debido rigor, a partir de la objetividad de los datos, informes y estadísticas oficiales sobre el mercado de trabajo disponibles hasta la fecha.

En segundo lugar, la valoración realizada no pretende ser una especie de juicio general sobre las supuestas bondades o deficiencias de la reforma. Tampoco se pretende hacer una exposición de conjunto sobre sus contenidos ni, mucho menos, una valoración técnico-jurídica de la calidad del texto normativo, su redacción, los problemas interpretativos que pudiera plantear o sus eventuales aciertos o desaciertos desde la perspectiva de la técnica legislativa³. Lo que se pretende es hacer un comentario sobre los cambios apreciados en la evolución del mercado de

1 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 (BOE 30/12/2021), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-21788>.

2 DA 24.ª ET, introducida por art. 1.12 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

3 Para análisis desde estas perspectivas, véanse las diferentes aportaciones contenidas en el monográfico publicado por *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Volumen 3 - Número extraordinario - La reforma laboral de 2021, 2022, pp. 4-166; asimismo, las varias contribuciones en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022; también en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., RODRÍGUEZ INIESTA, G., Dir.), *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022.

trabajo desde la entrada en vigor de la reforma laboral de 2021, y en los que aquella hubiera podido tener el objetivo o el efecto de incidir de manera relevante. Como puede deducirse de ello, el método seguido será precisamente el de identificar los concretos y principales objetivos de transformación del mercado laboral incorporados por la reforma para, a partir de ahí, evaluar el impacto (o efectividad) en la práctica en relación con ellos.

Llegados a este punto, cabe aún añadir alguna otra precisión previa. El análisis realizado, como se verá, apunta a posibles correlaciones entre los objetivos y contenidos de la reforma y algunos datos de la evolución del mercado laboral, aunque ello siempre debe tomarse con la debida cautela, como indicios de una causalidad probable, pero no necesariamente acreditada al 100 %, incontestable o exclusiva. Téngase en cuenta que en el devenir del mercado de trabajo no sólo influye el marco normativo, que por supuesto que sí, sino también otros muchos factores. Además, en este sentido, hay que tener presente que la reforma laboral de 2021 ha echado a andar en un contexto socioeconómico particularmente complejo que no cabe ignorar, con una combinación bastante poco habitual de factores, variables y datos de evolución de la situación, algunos positivos (por ejemplo, la recuperación económica sostenida en el reanque económico post-pandemia, contando con estímulos económicos de carácter extraordinario al efecto) y otros negativos (como las secuelas de la propia pandemia, la escalada inflacionaria, el alza de los precios de las materias primas y la energía, las vicisitudes de la transición energética o el contexto geopolítico de la guerra de Ucrania). En fin, la perspectiva temporal desde la que se realiza el análisis tampoco es todavía excesivamente larga, y los datos e indicadores disponibles son limitados y no exhaustivos. En todo caso, aun dejando constancia de todas esas reservas, el tiempo transcurrido y la información con la que ya se cuenta parecen suficientes para esbozar al menos, sin ocultar sus limitaciones intrínsecas, una primera valoración sobre la reforma laboral de 2021, su impacto y el mayor o menor grado de cumplimiento de sus objetivos.

2. La reforma laboral de 2021: antecedentes y contexto

Antes de entrar propiamente en el análisis de los objetivos principales e impacto de la reforma laboral de 2021, procede situar ésta en su contexto y dentro de la trayectoria de evolución normativa experimentada en los últimos decenios por la ordenación legal de nuestro mercado de trabajo. Desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980, el Derecho del Trabajo español contemporáneo se ha visto afectado por una serie de reformas laborales de envergadura, especialmente las de los años 1984, 1992, 1994, 1997, 2001, 2002, 2006, 2010, 2011 y la inmediatamente precedente de 2012, que tiende a invocarse como referencia frente a la que, finalmente, la reforma de 2021 vendría actuar pretendidamente como reacción o corrección.

Desde una mirada en perspectiva histórica a toda esa trayectoria de reformas de la legislación laboral, podría decirse en cierto modo que la de 2021 es simplemente «otra reforma más»⁴. Sin embargo, si bien se mira, esta es una reforma algo distinta. De entrada, al igual que otras medidas legales recientes (ERTEs COVID, teletrabajo y normativa sobre trabajo en plataformas digitales de reparto), ha sido fruto de un acuerdo en el seno de la mesa de diálogo social tripartito entre Gobierno, patronal y sindicatos más representativos⁵. Ello la diferencia de otras reformas anteriores, impuestas unilateralmente por la mayoría gobernante, sin acuerdo con sindicatos y patronal o incluso frente a una amplia contestación social y sindical (como ha sido especialmente perceptible en el caso de la reforma laboral de 2012), si bien es necesario puntualizar que sí ha habido antes otros casos de reforma acordada con todos o con una parte de los agentes sociales (por ejemplo, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo).

Ahora bien, la reforma de 2021 es distinta, principalmente, por razones de fondo. Desde el prisma de sus principios inspiradores, objetivos y contenidos se aparta claramente de sus precedentes. Así quiere enfatizarlo el propio preámbulo del Real Decreto-ley 32/2021, señalando que «hablar de reforma laboral en España es evocar un larguísimo proceso de cambios normativos que no han logrado, sin embargo, acabar con los graves problemas de nuestro mercado de

4 GARCÍA MURCIA, J., «Otra reforma laboral», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 17-46.

5 MERCADER UGUINA, J., «Diálogo social y reforma laboral», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 59-80.

trabajo: el desempleo y la temporalidad», encontrándose nuestro país «especialmente afectado por la precariedad, como inquietante realidad que da lugar a malas condiciones de empleo, priva a nuestro sistema productivo de desplegar toda su capacidad y dificulta una ciudadanía plena en el trabajo». Frente a ello, se dice expresamente que esta nueva reforma laboral «camina en dirección contraria a la que ha sido habitual en los últimos tiempos». Aunque la afirmación tiene también algo de hipérbole, es cierto que, por primera vez en bastante tiempo, se ha aprobado una reforma laboral para recuperar y reforzar derechos y garantías laborales, y no para flexibilizar o debilitar los estándares legales precedentes.

En este sentido, la mayoría de las reformas laborales anteriores han estado guiadas por la justificación de la creación y/o mantenimiento del empleo en términos cuantitativos mediante la eliminación de la «rigidez» de las normas para —pretendidamente— impulsar el dinamismo de la economía, sin atender con la misma intensidad a la salvaguarda de la calidad del empleo o la garantía de estándares de condiciones de trabajo. En todo este proceso, ha jugado un papel clave la incorporación en la primera década del siglo XXI del paradigma europeo de política regulatoria basado en la lógica de la «flexiseguridad», tratando de combinar elementos de flexibilidad en la relación laboral con la introducción de elementos de protección, garantías y alternativas frente a la extinción de la relación laboral. Este paradigma, también con el influjo de orientaciones provenientes de la ideología y la política económica neoliberales, se ha traducido en modificaciones legales tendentes principalmente a reforzar los poderes de dirección empresarial y lograr una mayor flexibilidad interna de la relación laboral, haciendo más sencillo alterar sobrevenidamente las condiciones de trabajo y reestructurar la organización productiva. En algunos casos, también se ha procurado mayor flexibilidad externa (de salida), a través de la facilitación de las decisiones relativas a la terminación de la relación laboral y la minoración de las garantías legales frente a la extinción del contrato de trabajo. Sobre estas ideas se han apoyado las principales reformas laborales a partir de 2010, y en especial la Ley 3/2012. Sin embargo, con ellas no se consiguió reducir la elevada temporalidad del empleo y la dualidad del mercado de trabajo.

Pues bien, la reforma de 2021 se presenta a veces como un giro radical con respecto a esos planteamientos, si bien no supone una total rectificación o derogación de las reformas de la legislación laboral del periodo 2010-2012. Ciertamente, sí que se han modificado algunos de los aspectos más cuestionados de aquellas, aunque de manera limitada. Señaladamente, se ha reformulado la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre los convenios sectoriales, suprimiendo significativamente de ella «la cuantía del salario base y de los complementos salariales», aunque sin eliminarla en otras materias. En cuanto a la «ultraactividad» o vigencia prorrogada de los convenios colectivos tras su denuncia, se ha eliminado su limitación temporal, retomándose la posibilidad del mantenimiento del convenio denunciado por tiempo indefinido hasta su sustitución por uno nuevo, si bien se mantienen las previsiones introducidas por las reformas anteriores sobre los mecanismos de desbloqueo de la negociación de ese nuevo convenio llamado a sustituir a aquel cuya vigencia inicial ya ha expirado. Sin embargo, muchos de los contenidos más importantes —y controvertidos— de esas reformas anteriores subsisten sin modificaciones: las flexibilizadas regulaciones del descuelgue o inaplicación de convenios colectivos y sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo; el aligeramiento de la definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción habilitantes de las medidas de flexibilidad interna o de los despidos colectivos y objetivos; asimismo, la rebaja del coste legal de los despidos improcedentes y la minoración de los salarios de tramitación.

Ahora bien, sin perjuicio de ciertas líneas de continuidad o de conservación de diversos contenidos de reformas anteriores, cabe apreciar un rumbo significativamente distinto en la reforma de 2021, que se aparta de las tendencias de flexibilización de la normativa laboral y pone en primer plano objetivos sociales relacionados con la mejora de la calidad del empleo, la promoción de la contratación estable, la reducción de la temporalidad, el refuerzo de la negociación colectiva, la apuesta por los mecanismos de flexibilidad interna frente las más traumáticas reestructuraciones por vía de extinciones contractuales y la atención particular a la introducción de mejoras en ciertos ámbitos singularmente expuestos a la precarización del trabajo⁶.

Por otra parte, la reforma laboral de 2021 no puede contemplarse aisladamente, sino como una parte o pieza, indudablemente de singular importancia, pero dentro de un conjunto más

6 ÁLVAREZ ALONSO, D., «Valoración general sobre la reforma laboral», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022 pp. 81-111.

amplio de reformas de la legislación sociolaboral española en el periodo 2018-2022⁷. En efecto, la reforma laboral engrana con un contexto en el que hay que contar también con otras medidas legales más específicas, y que en conjunto han procurado un cierto reajuste de la ordenación normativa del mercado de trabajo y las relaciones laborales, con objetivos sociales tendentes a reforzar la garantía de estándares de trabajo digno. Así, entre otras, y sin ánimo de exhaustividad, podrían citarse las siguientes: el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; el Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo; la Ley 1/2020, de 15 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales; el Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector; el reajuste de las modalidades de contratación en el ámbito científico por la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación; el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar; finalmente, cabe mencionar los sucesivos reales decretos de subida del salario mínimo interprofesional, persiguiendo el objetivo de alcanzar el 60 % del salario medio en el SMI para 2023. Por no hablar de otras muchas e intensas modificaciones en este periodo en el ámbito de la Seguridad Social (creación del ingreso mínimo vital, reformas en jubilación anticipada y forzosa, revalorización de pensiones, mecanismo de equidad intergeneracional) o de las novedades que el propio Decreto-ley de la reforma laboral programa para ulterior desarrollo, como el denominado «Estatuto del becario»⁸.

3. Objetivos y contenidos de la reforma: la reducción de la temporalidad como propósito principal

La reforma laboral de 2021 tiene un radio de acción material aparentemente menor que algunas de sus predecesoras, pues no afecta a todas y cada una de las distintas áreas de la legislación laboral, sino que se centra en algunos objetivos y contenidos bastante concretos. Ahora bien, ello no significa que sea una reforma menor, pues los que toca son aspectos centrales de la ordenación legal de las relaciones de trabajo: modalidades de contratación, negociación colectiva, subcontratación y medidas de flexibilidad interna, principalmente⁹. Además, sobre alguna de estas parcelas nucleares del ordenamiento laboral se incide con un ímpetu notorio y con planteamientos regulatorios radicalmente novedosos. Así sucede especialmente con las modalidades de contratación y, muy en particular, con el régimen jurídico de la contratación temporal, evidenciándose de manera muy clara que el objetivo principal de la reforma laboral de 2021, o al menos, el que sobresale notoriamente por encima de otros, ha sido el de limitar o reducir la contratación temporal y fomentar la contratación de carácter indefinido, lo que se concibe como una «palanca» clave para el propósito último de combatir la precariedad en nuestro mercado de trabajo, pero también para la consecución de otros objetivos de política económica y laboral¹⁰.

7 GARCÍA MURCIA, J., «Proemio», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 11-16.

8 GARCÍA TORRES, A., «Un nuevo Estatuto del becario», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 179-194.

9 CRUZ VILLALÓN, J., «Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la postpandemia», *Temas Laborales*, n.º 161, 2022, pp. 11-66.

10 BALLESTER PASTOR, M. A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, pp. 17-106.

Así, en el propio Preámbulo del 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, se parte de la consideración de que la excesiva temporalidad y precariedad del mercado de trabajo tiene como una de sus «consecuencias negativas [...] la menor productividad de la economía española», porque la inestabilidad laboral «desincentiva la inversión en formación, tanto en recursos como en tiempo dedicado, por parte de las empresas y las personas trabajadoras, pero también porque el elevado nivel de rotación laboral de una parte considerable de las plantillas impide la cualificación permanente y la vinculación profesional de las personas». Asimismo, se señala que «la devaluación salarial [...], por un lado, deteriora el nivel de vida de las personas y, por otro, debilita la demanda interna y, por lo tanto, la capacidad de crecimiento económico de nuestro país». En consecuencia, se rechaza «un modelo [...] que busca la competitividad en la reducción de los salarios y no en lograr una mayor productividad; esto es, competir con más calidad y más innovación, tanto en los productos como en los procesos de producción». Así pues, en contraposición a aquel modelo, la última gran reforma pretende encaminarse hacia otro distinto en que «las empresas compitan sobre la base de factores como la productividad, la eficiencia y el nivel de formación y de capacitación de la mano de obra, así como de la calidad de sus bienes y servicios y su grado de innovación». En definitiva, cabe apreciar un saludable vuelco con respecto a aquellos planteamientos de política económica orientados a la devaluación generalizada de los estándares laborales como única forma de promover la competitividad y la productividad, que constituían una apuesta muy cuestionable, por cuanto difícilmente se puede ganar por esta vía frente a la competencia desde otras latitudes del planeta donde desgraciadamente los niveles de condiciones y costes laborales están a un abismo, a veces lejos incluso de los mínimos para un «trabajo decente», consiguiéndose como resultado únicamente menguar la ya anémica demanda interna y agravar así las tendencias recesivas de nuestra economía basada en gran medida en el consumo y los servicios.

Partiendo de esas premisas, el diagnóstico expuesto en citado Preámbulo del Decreto-ley 32/2021 identifica el exceso de temporalidad —junto al elevado desempleo— como la mayor «debilidad estructural» de nuestro panorama laboral, disfunción a corregir apuntada por las instituciones europeas, principal causa de la precariedad y de su especial incidencia en las mujeres y la juventud, factor que ejerce «una fuerte presión sobre los salarios y el resto de las condiciones de trabajo», desencadenante de «la enorme volatilidad del mercado de trabajo español que reacciona de forma excesiva en las crisis económicas, provocando enormes pérdidas de puestos de trabajo y dando pocas oportunidades a medidas alternativas a las extintivas y basadas en la flexibilidad interna», y, en definitiva, origen último de unos niveles de inestabilidad en el empleo, rotación de la mano de obra y estándares vitales que no sólo comportan una situación perjudicial e injusta para las personas afectadas, sino también ineficiencias para las empresas, el desarrollo del modelo productivo y el funcionamiento social en su conjunto, debido a los costes que implica en materia de transiciones laborales (indemnizaciones, prestaciones, etc.) y a que obstaculiza el crecimiento basado en la formación, la calidad y la innovación. De acuerdo con ello, la reforma se propone una pequeña «revolución» o «cambio de paradigma» en las reglas y prácticas de nuestro mercado de trabajo sobre contratación y trabajo temporal.

En coherencia con ello, el corazón o eje central de la reforma se sitúa precisamente en la modificación de la regulación sobre contratación temporal, contrato indefinido fijo-discontinuo y contrato(s) formativo(s). Son varias las reglas sobre contratación temporal que se modifican, entre otras cosas, solidificando la consideración del contrato indefinido como fórmula general de contratación y la temporalidad del contrato como excepción, así como las previsiones sobre calificación como indefinida o «fija» de la contratación temporal que incumpla las reglas legales al respecto; retocando las pautas sobre encadenamiento de contratos; finalmente, haciendo también más incisivas las obligaciones formales y las previsiones para exigencia administrativa del cumplimiento de las normas¹¹. En cualquier caso, lo más llamativo es, sin duda, la eliminación de una modalidad contractual tan tradicional y de tanto uso —y abuso— en nuestro país como el contrato para obra o servicio deter-

11 GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «Contratos de duración determinada» en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 195-216; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Garantías para la estabilidad en el empleo», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 395-405.

minado¹². La reforma sí ha sido muy radical en esto, yendo mucho más allá que las que anteriormente habían pretendido limitar —con dudoso éxito— la duración máxima o el uso sucesivo de este tipo de contrato, o que la jurisprudencia que, rectificando su propio y desacertado criterio previo, había empezado a indicar que esta forma de contratación no podía ya justificarse simplemente ligándola a la ejecución de una contrata, cuando la actividad empresarial habitual consiste precisamente en la prestación de servicios como contratista para múltiples clientes simultáneos o sucesivos. Así pues, el contrato para obra o servicio determinado es eliminado del «menú» de las modalidades de contratación temporal del artículo 15 ET, que queda reducido a dos: el nuevo contrato por circunstancias de la producción (renovado y con variantes distintas en su seno) y el contrato de sustitución (en sus dos submodalidades de sustitución de persona con derecho a reserva del puesto de trabajo y cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva)¹³.

Lo que se persigue con estos cambios es transformar las prácticas y la «cultura de la temporalidad» de nuestro mercado laboral, obligando legalmente a que necesidades de mano de obra que solían cubrirse habitualmente a través de contratos temporales, y muy típicamente recurriendo al contrato de obra (obras, proyectos o programas concretos con una sustantividad propia, campañas de duración determinada, servicios en el marco de contratas, etc.), conformando una enorme bolsa de temporalidad, se reconduzcan inexcusablemente a la contratación indefinida, ya sea en su modalidad ordinaria o bien en el renovado molde del contrato fijo-discontinuo¹⁴. Como salvedad, y dejando aparte las fórmulas contractuales cuya temporalidad se justifica por una finalidad o contexto más específico (contrato de sustitución, contrato formativo, sectores y ocupaciones con particularidades), quedarían abiertas a la cobertura mediante contratos temporales exclusivamente las oscilaciones verdaderamente coyunturales, imprevisibles o meramente transitorias, de las necesidades de mano de obra y, de manera prácticamente residual, pequeños trabajos o campañas de naturaleza ocasional o esporádica y de una duración muy limitada, que podrían cobijarse dentro de estrictas condiciones en el nuevo contrato por circunstancias de la producción.

La reforma en materia de modalidades contractuales se completa, en primer lugar, con los ajustes sobre el contrato fijo-discontinuo, que en cierta medida son correlato de la eliminación del contrato de obra, aunque incorporan también otras previsiones novedosas, como la posibilidad de utilización en el marco de las ETT para la puesta a disposición de distintas empresas usuarias, todo ello con la finalidad última de impulsar esta forma de contratación indefinida hasta ahora claramente infrautilizada¹⁵. En segundo lugar, se acomete asimismo la enésima modificación de las reglas sobre contratos formativos del artículo 11 ET, ahora convertidos en un contrato formativo unificado (aunque con dos submodalidades, el contrato de formación en alternancia y el contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios), con la pretensión de revivificar estas fórmulas contractuales, que nunca han acabado de funcionar tan bien como cabría esperar, y, por otro lado, de reforzar su funcionamiento de acuerdo con la finalidad formativa que les es propia, procurando evitar su utilización abusiva como forma de empleo precario y de bajo coste¹⁶.

12 AGUILERA IZQUIERDO, R., «Contratos de obra o servicio determinado», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 217-229.

13 BALLESTER PASTOR, M. A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, pp. 49-82.

14 QUINTANILLA NAVARRO, B., «Reforma laboral y lucha contra la temporalidad», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 407-418.

15 CAVAS MARTÍNEZ, F., «El nuevo contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., RODRÍGUEZ INIESTA, G., Dir.), *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022, pp. 117-142; CEINOS SUÁREZ, A., «Trabajos fijos discontinuos», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 279-301; GOERLICH PESET, J. M., «Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Volumen 3 - Número extraordinario - *La reforma laboral de 2021*, 2022, pp. 58-72; GORELLI HERNÁNDEZ, J., «El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la Reforma de 2021», *Temas Laborales*, n.º 161, 2022, pp. 217-252.

16 GARRIDO PÉREZ, E., «El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos tras el RDL 32/2021: la centralidad estructural y finalista de la formación», *Temas Laborales*, n.º 161, 2022, pp. 67-106; *Menéndez Sebastián, P.*

Más allá de las modalidades contractuales, y aunque quizá con menor intensidad y alcance, la reforma de 2021 incorporó también objetivos y contenidos en otras áreas: subcontratación y convenio colectivo aplicable en contrata y subcontratas¹⁷, negociación colectiva (principalmente modificación de las reglas sobre prioridad aplicativa del convenio de empresa y *ultraactividad* de los convenios¹⁸) y medidas de flexibilidad interna en contextos de crisis o reestructuración (ERTEs y mecanismo RED)¹⁹. Ahora bien, en estos otros campos, la evaluación sobre los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados requiere necesariamente de un análisis más diversificado y complejo, necesitado seguramente de una perspectiva temporal más amplia y del examen de datos no tan fácilmente accesibles todavía en el momento en que se escribe este texto. Así pues, el balance que se ofrece en las páginas siguientes se centrará exclusivamente en lo relativo a la reducción de la temporalidad y el fomento de la contratación indefinida, que, como se ha dicho, se erigen además en objetivos y ejes principales de la reforma de 2021.

4. La rápida transformación del modelo de contratación laboral y la reducción de la temporalidad

Aunque es todavía pronto para hacer una evaluación completa y concluyente sobre la reforma laboral, a partir de los datos disponibles de evolución del mercado de trabajo desde la entrada en vigor de la reforma, puede hacerse ya un primer balance con respecto al que constituye su objetivo principal: la disminución de la precariedad en el mercado de trabajo mediante la reducción de la temporalidad y la promoción de la contratación estable, de carácter indefinido. Cabe recordar que la propia normativa de reforma fija una evaluación oficial al respecto para enero de 2025 y, posteriormente, cada dos años²⁰. Ahora bien, los datos recogidos hasta la fecha, aun con las debidas cautelas, permiten detectar tendencias positivas en este campo.

Cueto Iglesias, B., «Contratos formativos», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 133-157; PÉREZ DEL PRADO, D., «La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿la propuesta definitiva?», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Volumen 3 - Número extraordinario - *La reforma laboral de 2021, 2022*, pp. 7-18; VILA TIerno, F., «El contrato formativo en sus dos modalidades», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., RODRÍGUEZ INIESTA, G., Dir.), *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022, pp. 23-54.

- 17 BALLESTER PASTOR, M. A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, pp. 164-172; CASTRO ARGÜELLES, M. A., «Convenio colectivo aplicable en las contrata y subcontratas», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 495-517.
- 18 BALLESTER PASTOR, M. A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, pp. 151-179; MARTÍNEZ MORENO, C., «Límites a la prioridad aplicativa del convenio de empresa», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 519-535; ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Ultraactividad del convenio colectivo», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 537-552; MERCADER UGUINA, J. R., «El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Volumen 3 - Número extraordinario - *La reforma laboral de 2021, 2022*, pp. 111-128; MOLINA NAVARRETE, C., «Retorno normativo a la ultraactividad indefinida: ¿cambio que bien merece una reforma o valor simbólico?», *Temas Laborales*, n.º 161, 2022, pp. 387-406.
- 19 FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., «Procedimientos de regulación temporal de empleo (artículo 47 ET)», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., RODRÍGUEZ INIESTA, G., Dir.), *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022, pp. 373-406; RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «Los ERTE como alternativa al despido», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 419-440.
- 20 Véase DA 24 ET, introducida por el art. 1.12 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre: «Disposición adicional vigesimocuarta. Compromiso de reducción de la tasa de temporalidad.
1. El Gobierno efectuará una evaluación de los resultados obtenidos por las medidas previstas en 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 del mercado de trabajo, mediante el análisis de los datos de contratación temporal e indefinida en enero del año 2025, procediendo a la publicación oficial, a estos efectos, de la tasa de temporalidad general y por sectores.
Dicha evaluación deberá repetirse cada dos años.
2. En el caso de que los resultados de la evaluación anterior demuestren que no se avanza en la reducción de la tasa de temporalidad, ya sea en la general o en la de los diferentes sectores, el Gobierno elevará a la mesa de diálogo social una propuesta de medidas adicionales que permitan la consecución de dicho objetivo, general o sectorial, para su discusión y eventual acuerdo con los interlocutores sociales».

En efecto, los datos sobre empleo y contratos registrados correspondientes al primer año de vigencia de la reforma laboral, el 2022, muestran algunos cambios de tendencia notorios, que invitan a pensar que aquella está teniendo un rápido y significativo impacto en la transformación del modelo de contratación laboral en España. En ellos puede apreciarse, en primer lugar, que, entre los nuevos contratos registrados, hay un aumento muy notable de la contratación indefinida y, en paralelo, una drástica reducción de la contratación temporal.

En 2022, el primer año natural tras la reforma laboral, se concertaron más de siete millones de contratos indefinidos, casi 5 millones más que en 2021, en contraste con las cifras de entre 1,5 y 2 millones en los años previos (2015-2021). Si se hace la comparación de los datos entre 2022 y 2019, el último año de «normalidad» previa a la pandemia, los contratos indefinidos ordinarios han sido 2,8 millones más, y los contratos indefinidos de carácter fijo-discontinuo también han aumentado en algo más de 2 millones²¹.

Correlativamente, el número de nuevas contrataciones de carácter temporal ha descendido de manera importante, cayendo de un total de 17.271.018 en 2021 a 11.283.183 en 2022, es decir, 5.987.835 menos que el año anterior. En relación con 2019, el último año de «normalidad» previa a la pandemia, en 2022 se registraron nueve millones de contratos temporales menos. Además, los contratos que más se han reducido han sido los de peor calidad, los temporales a tiempo parcial, que en 2022 son 3,5 millones menos que en 2019²².

En términos porcentuales, en el periodo abril-diciembre, tras la plena entrada en vigor de la reforma, el porcentaje de indefinidos sobre el total de nuevas contrataciones se elevó súbitamente y de forma holgada por encima del 40 %, manteniéndose de manera continuada en porcentajes cercanos o superiores a dicho umbral mes a mes desde entonces hasta la fecha de los últimos datos disponibles (marzo 2023), mientras que dicho porcentaje solía rondar el 10 % o situarse claramente por debajo antes de la entrada en vigor de la reforma. En lógica correspondencia, los contratos temporales han pasado de representar en torno al 90 % de las nuevas contrataciones antes de la reforma, a situarse en un arco entre el 50 y el 60 % de los contratos registrados²³.

Estos cambios han incidido de manera especial en algunos grupos de población que solían verse especialmente afectados por la temporalidad en el empleo. En el caso de las personas jóvenes, durante el año 2022, más de 2,5 millones accedieron a contratos indefinidos (1,9 millones más que en 2019), viéndose reducido en 3,2 millones el número de contratos temporales entre este colectivo. Por su parte, las mujeres accedieron a más de 3 millones de contratos indefinidos (2 millones de contratos indefinidos adicionales respecto a 2019), con 3,8 millones de contratos temporales menos. Entre los hombres, hubo 2,7 millones de contratos indefinidos más²⁴.

La evolución del volumen de personas asalariadas por tipo de contrato según la Encuesta de Población Activa (EPA), permite constatar el claro cambio en las dinámicas de empleo y contratación, haciéndose patentes la tendencia ascendente del empleo indefinido y la reducción de la temporalidad. En el cuarto trimestre de 2022, hubo casi 1,6 millones de asalariados más, y casi 1,2 millones de asalariados temporales menos que en el cuarto trimestre de 2021. El primer año de vigencia de la reforma laboral, 2022, ha cerrado con más de 14.256.000 asalariados con contrato indefinido, la mayor cifra de toda la serie histórica. En contraposición, los asalariados temporales se han desplomado hasta los 3,1 millones, siendo la menor cifra de la serie²⁵.

21 MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Estadística de contratos registrados*; SEPE, *Evolución de contratos totales, indefinidos y temporales (2014-2023)*, <https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/datos-avance/contratos.html>

22 MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Estadística de contratos registrados*; SEPE, *Evolución de contratos totales, indefinidos y temporales (2014-2023)*, <https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/datos-avance/contratos.html>

23 MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Estadística de contratos registrados*; SEPE, *Evolución de contratos totales, indefinidos y temporales (2014-2023)*, <https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/datos-avance/contratos.html>

24 MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Estadística de contratos registrados*.

25 INE, *Encuesta de Población Activa (EPA) y Estadística de Flujos de la Población Activa (EFPA)*, Cuarto trimestre de 2022.

Con los cambios descritos en las dinámicas de contratación, la tasa de temporalidad se situó en el cuarto trimestre de 2022 en el 17,9 %, 7,5 puntos menos que la registrada antes de la reforma laboral, convergiendo con la media de la zona euro (15,5 %), después de décadas de tasas cercanas al doble. Además, esta tasa global computa tanto el sector privado como el público. Ahora bien, si se atiende a la tasa de temporalidad exclusivamente en el sector privado, esta se ha reducido hasta el 14,8 %, un valor que ya está dentro de la normalidad en el entorno europeo, y que incluso es ligeramente mejor que la media²⁶. Por colectivos, entre las personas menores de 30 años, la tasa de temporalidad se redujo del 55,4 % al 38,9 % en 2022. En el caso de las mujeres, descendió del 27,9 % al 20,6 %. Por sectores, comparando el cuarto trimestre de 2021 y el cuarto de 2022, la tasa de temporalidad se redujo en un 15,6 % en la agricultura, un 7,76 % en la industria, un 13,4 % en la construcción y un 6,5 % en los servicios, con descensos especialmente significativos en las actividades de hostelería (-14,6 %) y el transporte (-12,5 %)²⁷.

Por otro lado, en contra de lo que algunos analistas o sectores de opinión auguraban, la apuesta de la reforma por la mejora de la calidad del empleo no ha supuesto mayor desempleo o perjuicio alguno en términos de cantidad agregada de empleo. Al contrario, según todas las diversas formas de medición disponibles²⁸, en 2022 aumentó el empleo de nueva creación en una cifra en torno a los 500.000 nuevos puestos de trabajo. Se ha superado ya la cifra de los 20 millones de ocupados, llegando a situarse en algunos momentos la tasa de paro por debajo del 13 % y el número de desempleados por debajo de los 3 millones, por primera vez desde 2008, antes de la crisis. No obstante, en el primer trimestre de 2023 también ha habido un ligero repunte del desempleo por encima de esos umbrales. En todo caso, parece que quedan en evidencia aquellos pronósticos que alertaban sobre una eventual destrucción de empleo a causa de la reforma de 2021. Los datos permiten afirmar con contundencia que la reforma no destruye puestos de trabajo, sino que tiene un impacto neutro o incluso positivo desde la perspectiva de la creación o el volumen total de empleo.

En definitiva, los datos sobre la evolución del mercado de trabajo muestran tendencias que se sitúan en línea con las pretensiones de la reforma laboral de 2021, o que incluso corroboran las expectativas más optimistas al respecto, al menos en lo que se refiere a la reducción de la temporalidad y el fomento de la contratación de carácter indefinido. Si bien quizá sea aconsejable no anticipar la proclamación de un éxito rotundo hasta tener una perspectiva temporal mayor, así como mejores datos y análisis que incluyan otros aspectos y efectos más intrincados de la reforma (por ejemplo, en cuanto a las modificaciones en materia de negociación colectiva y mecanismos de flexibilidad interna), sí parece posible ya descartar las sombrías consecuencias vaticinadas —con más ideología que criterio— por los antes aludidos augures de un fracaso que, desde luego, no se ha producido.

5. La polémica de los fijos-discontinuos y otras críticas (o mitos) en torno a la reforma laboral

El panorama general aparentemente favorable expuesto en el apartado anterior no impide en hipótesis encontrar aspectos o resquicios en torno a los que la reforma pudiera no estar funcionando del todo bien y mereciera por tanto algún análisis crítico. Cosa algo distinta es que, a partir de elementos aislados elevados a categoría general, y no siempre con el debido fundamento y rigor, se formule contra ella una suerte de anatema general que supondría en verdad un exagerado ejercicio de cínico negacionismo, entendible únicamente como una manifestación más de polarización política y dogmatismo ideológico, a la luz de su contraste

26 Para otro análisis, en gran medida coincidente con lo aquí expuesto, sobre la evolución de la contratación indefinida y la temporalidad, GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., «La reforma laboral de la contratación 2021 en las fuentes estadísticas oficiales: segundo avance», *Briefs de la AEDTSS*, n.º 52, 2023, <https://www.aedtss.com/la-reforma-laboral-de-la-contratacion-2021-en-las-fuentes-estadisticas-oficiales-segundo-avance/>.

27 INE, *Encuesta de Población Activa (EPA) y Estadística de Flujos de la Población Activa (EFPA)*, Cuarto trimestre de 2022.

28 MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Estadística de contratos registrados*; SEPE, *Estadísticas de empleo y contratos*; SEGURIDAD SOCIAL, *Estadísticas de afiliación*; INE, *Encuesta de Población Activa (EPA) y Estadística de Flujos de la Población Activa (EFPA)*, Cuarto trimestre de 2022.

con la realidad de los hechos y datos antes explicados. A continuación, se tratará de desbrozar cuánto hay de lo uno o de lo otro en ciertas críticas y debates suscitados a propósito de algunos aspectos concretos de la reforma laboral que, en ocasiones, se han pretendido utilizar para juzgar el todo por la parte con el propósito de justificar una sesgada valoración negativa.

En primer lugar, se ha difundido entre algunos sectores de opinión, con amplio eco en la prensa y los partidos políticos a la derecha del arco político, un argumentario crítico contra la reforma que coloca en el centro de la diana la figura del contrato indefinido fijo-discontinuo. Se toma como punto de partida que, tras la reforma laboral, ha aumentado significativamente el recurso a esta figura contractual, cosa que, por cierto, la propia reforma pretendía, incorporando entre sus objetivos el de revitalizar esta modalidad de contrato indefinido tradicionalmente infrautilizada para la cobertura de trabajos estacionales o intermitentes, para lo que se solían utilizar indebidamente contratos temporales. Se dice entonces que la reforma estaría reduciendo la temporalidad y creando empleo indefinido, sí, pero en gran medida en la figura del contrato fijo-discontinuo, que se subraya que es de peor calidad que el indefinido ordinario; o se sostiene incluso, con ostensible exageración, que es equiparable a un contrato temporal *de facto* o que solo nominalmente es empleo estable. Partiendo del hecho cierto de que estos trabajadores alternan periodos de actividad y periodos de inactividad no remunerada, se argumenta también, con un salto deductivo evidente por sí mismo, que los fijos-discontinuos en periodo inactivo deberían computar como parados y no lo hacen. Como corolario de todo ello, se afirma, en definitiva, que el trasvase desde las contrataciones temporales al contrato indefinido fijo-discontinuo favorecido —y, en realidad, pretendido— por la reforma respondería no tanto a la mejora de la calidad del empleo como a una suerte de argucia gubernamental encaminada a un mero «maquillaje estadístico» no solo de las cifras de temporalidad, sino también de las de desempleo o paro.

Pues bien, estas críticas están construidas de manera falazmente intrincada, a partir de la combinación de determinados elementos ciertos con algunos erróneos y la omisión (¿deliberada?) de otros, por lo que merecen algunas puntualizaciones. Algunas parecen fruto incluso de la mala fe o el desconocimiento a la hora de tratar sobre el contrato indefinido fijo-discontinuo. Así, de entrada, hay que aclarar que el de fijo-discontinuo es un contrato laboral genuinamente indefinido y estable, en cuyo marco el trabajador tiene derechos en materia de vacaciones remuneradas, formación profesional, promoción/ascensos y, especialmente, antigüedad (computada desde el inicio de la relación laboral y teniendo en cuenta toda su duración, incluidos los periodos de inactividad, y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, *ex art. 16.6 ET*), con continuidad a lo largo todo el tiempo de vinculación contractual con la empresa, que es generalmente bastante prolongada. Nada que ver con la situación de los contratos temporales, donde no hay una garantía de continuidad semejante y, por ejemplo, el cómputo de la antigüedad puede verse interrumpido entre un contrato y el siguiente. Este dato no debe perderse de vista a la hora de valorar la muy diferente protección ante la pérdida del empleo en uno u otro caso, mucho mayor para el fijo-discontinuo, cuyo despido por causas objetivas o colectivo conlleva una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, aplicándose la de 33 días de salario por año de servicio en cualquier supuesto de despido improcedente, módulos indemnizatorios claramente superiores al de los 12 días de salario por año de servicio que han de abonarse a la finalización de un contrato temporal.

Por otra parte, es cierto que el trabajo fijo-discontinuo alterna periodos de trabajo remunerado con otros de inactividad sin salario. Ahora bien, durante estos periodos de inactividad, el trabajador puede contar con protección por desempleo (si cumple los requisitos de cotización previa), manteniéndose la cotización a la Seguridad Social y, como antes se dijo, el cómputo de antigüedad. Pero, sobre todo, hay que tener en cuenta que la relación laboral y el contrato siguen vigentes durante el periodo de inactividad, y que el fijo-discontinuo en esta situación es un empleado de la empresa que conserva el derecho a volver a la actividad cuando esta se reanude, pudiendo ejercer acciones ante la falta de llamamiento. En los casos de los fijos-discontinuos vinculados a contrataciones o concesiones administrativas, tras el finalizar el trabajo en una de estas, dichos empleados tienen además derecho a la recolocación en otra contrata o concesión por la misma empresa (*art. 16.4 ET*). Asimismo, los fijos-discontinuos en periodo de inactividad podrán beneficiarse de bolsas de empleo sectoriales para su recolocación (incluso

en otras empresas) y las acciones de formación continua establecidas mediante los convenios colectivos (art. 16.5 ET). En cambio, los trabajadores temporales que finalizan su contrato y pasan al desempleo no tienen, sencillamente, nada, salvo la protección por desempleo si cumplen los requisitos de cotización, pero en ningún caso ostentan derechos o expectativas firmes sobre la vuelta al trabajo con su entidad empleadora anterior.

En definitiva, el contrato fijo-discontinuo podría contemplarse como empleo con un grado menor de calidad que el indefinido ordinario o estándar en atención a la existencia de periodos de interrupción de la actividad y la consiguiente remuneración, sobre todo si estos son muy largos o frecuentes. Ahora bien, en todo lo demás, es un empleo indefinido y estable parangonable al ordinario, e indiscutiblemente de calidad muy superior y riesgo de precariedad muy inferior a los contratos temporales. La insinuación sobre el valor equivalente de los contratos fijos-discontinuos y los temporales en términos de calidad del empleo resulta tal vez demasiado simplista o hasta grosera.

Adicionalmente, la premisa de que la temporalidad desciende sólo por el trasvase de empleo desde la contratación temporal a la fórmula del fijo-discontinuo tampoco es enteramente cierta. Nótese que, si así fuese, es dudoso que esta fuera una razón válida para la crítica a la reforma laboral, puesto que, de hecho, esta perseguía la transformación de ciertas prácticas de contratación justamente en ese sentido, de modo que el resultado efectivamente alcanzado al respecto habría que reconocérselo en todo caso como un éxito en la consecución de este concreto objetivo, más que como un demérito. Pero, además, ocurre que simplemente no es verdad que el descenso de tasa de temporalidad y el crecimiento del empleo indefinido puedan explicarse o hayan quedado absorbidos exclusivamente por el incremento de contratos fijos-discontinuos²⁹. En realidad, la caída de la temporalidad se debe mayoritariamente al incremento de la contratación indefinida de carácter ordinario, que supone el 86,1 % del aumento del empleo indefinido, mientras que sólo el 13,9 % restante se corresponde al contrato fijo-discontinuo³⁰. Además, es verdad que se ha producido un incremento extraordinario del uso del contrato indefinido fijo-discontinuo, como era previsible pues así lo pretendía la reforma: un 86,7 % más desde marzo de 2022 a marzo 2023. Sin embargo, pese a este crecimiento acelerado, esta modalidad de contratación sigue siendo prácticamente residual en relación con el conjunto del empleo, situándose por debajo del 5 %³¹.

También son muy cuestionables las acusaciones de «maquillaje» de los datos de desempleo que se apoyan en la discutible afirmación de que los fijos-discontinuos inactivos deberían computar como parados y habrían sido presuntamente «ocultados» en las estadísticas con los supuestos «trucos» gubernamentales introducidos mediante la reforma laboral. Es ya un tanto extraño que se pretenda computar como desempleados a todos los efectos a quienes en realidad tienen contrato en vigor y una relación laboral viva, por más que la prestación de servicios se encuentre temporalmente interrumpida durante la fase de inactividad, en la que puede que estos trabajadores estén buscando otro empleo, pero también es posible —y hasta probable— que no, dado que ya cuentan con uno, así como con vacaciones pagadas y protección por desempleo que les reportan ingresos entretanto se reanuda el siguiente periodo de trabajo efectivo. Además, quienes propugnan que los fijos-discontinuos inactivos se cuenten como parados lo hacen defendiendo que se incluyan en el cómputo de una nueva forma de medición del desempleo que denominan «paro efectivo», con una metodología de dudoso rigor científico y estadístico que consistiría en sumar a los auténticos parados también aquellos otros trabajadores con relación laboral en curso inscritos como desempleados (fundamentalmente a efectos de percepción de prestaciones por desempleo), siendo el total la presuntamente verdadera cifra del paro. Así, junto a los parados en sentido estricto, se computarían no sólo los fijos-discontinuos en periodo de inactividad, sino también los tra-

29 En el mismo sentido, ofreciendo y analizando datos al respecto, GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., «La reforma laboral de la contratación 2021 en las fuentes estadísticas oficiales: segundo avance», *Briefs de la AEDTSS*, n.º 52, 2023, <https://www.aedtss.com/la-reforma-laboral-de-la-contratacion-2021-en-las-fuentes-estadisticas-oficiales-segundo-avance/>.

30 UGT, *Hechos y mitos sobre la reforma laboral 2021*, UGT. *Servicio de Estudios*, 2023, <https://www.ugt.org/hechos-y-mitos-sobre-la-reforma-laboral>, pp. 8-11

31 UGT, *Hechos y mitos sobre la reforma laboral 2021*, UGT. *Servicio de Estudios*, 2023, pp. 9-10.

bajadores en ERTE³². Esto roza ya lo absurdo, pues supondría computar como parados, por ejemplo, a los trabajadores en ERTE de reducción de jornada, que se encuentran efectivamente trabajando activamente para su empresa y probablemente ni quieren ni puedan buscar otro empleo, o a trabajadores que se vean afectados por un ERTE de suspensión un solo día al mes y continúen trabajando con normalidad el resto, lo que difícilmente se puede asimilar a la situación de un desempleado. En definitiva, estos usos «creativos» de los datos sí que supondrían una verdadera manipulación estadística que distorsionaría gravemente la percepción de la fotografía real del desempleo.

Por otra parte, si bien es cierto que no es fácil rastrear la situación de los fijos-discontinuos en algunas de las fuentes estadísticas más habituales sobre empleo y desempleo, parece que la EPA sí permite hacerlo. En este sentido, un fijo discontinuo en periodo de actividad figura en la EPA como ocupado, mientras que «cuando está en periodo de inactividad, la EPA lo contabiliza como parado si busca empleo o inactivo si no lo hace, porque está esperando a que su empleador lo vuelva a llamar»³³. Es decir, los fijos-discontinuos en periodo de inactividad se computan como parados, pero solo cuando efectivamente están en búsqueda activa de otro empleo, lo que parece correcto y adecuado. Por otra parte, acudiendo a los microdatos de la EPA, se ha señalado que «en el cuarto trimestre 2022 había 45.200 personas en paro y 70.500 personas inactivas, que habían trabajado antes cómo fijas discontinuas»³⁴. De este dato podría deducirse que «la mayoría de los fijos discontinuos en situación de inactividad no buscan trabajo, por una razón fundamental: porque ya lo tienen»³⁵, de modo que, simplemente, «están esperando a que empiece el curso escolar o la temporada turística para reincorporarse a su empresa, a su puesto de trabajo, en el que tienen sus derechos laborales consolidados»³⁶.

Otra observación crítica que se ha formulado —a veces en conjunción con las referencias anteriormente comentadas sobre los fijos-discontinuos— plantea que, pese a que ha aumentado la contratación indefinida y disminuido la temporal, la ganancia de estabilidad en los puestos de trabajo sería más aparente que real, porque lo que las empresas estarían haciendo es reclutar a trabajadores con contrato indefinido, pero extinguir la relación laboral al poco tiempo mediante el desistimiento sin justificación de causa ni indemnización por no superación del periodo de prueba³⁷. De este modo, tendríamos relaciones laborales formalmente indefinidas, pero de tan corta duración como las temporales a las que vendrían a sustituir, con el agravante de que en el caso de la extinción en periodo prueba no se percibe indemnización alguna, a diferencia de lo que ocurre con la finalización de contratos temporales.

Los datos disponibles sobre esta cuestión muestran que, efectivamente, las extinciones de la relación laboral en periodo de prueba han aumentado en 2 puntos porcentuales más con respecto a 2021, del 1,7 por cada mil personas trabajadoras al 3,7 por mil. Sin embargo, esos valores son menos llamativos si se comparan con otros años anteriores. Incluso, son más reducidos que en algunos de los años previos a la pandemia y correspondientes a fases expansivas de la economía, como 2017 y 2018, donde los valores fueron, respectivamente, 3,8 y 4,1 por cada mil personas trabajadoras³⁸. Así las cosas, hay ciertamente una tendencia ascendente, pero

32 INSTITUTO EY-SAGARDOY DE TALENTO E INNOVACIÓN, BBVA RESEARCH, FEDEA, *Observatorio Trimestral del Mercado de Trabajo*, Boletín no. 3, noviembre de 2022, pp. 2-4, y 17-18 (presentación PDF), <https://laboral.fedea.net/>.

33 LAGO, M., «La falsa polémica de los fijos discontinuos», *El País*, 5 abril 2023, <https://elpais.com/economia/2023-04-05/la-falsa-polemica-de-los-fijos-discontinuos.html>.

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*

36 MUNTANER, S. (BAYLOS GRAU, A. P.), «La negación de la realidad como estrategia política: a propósito de la reforma laboral y los fijos discontinuos», *Blog Según Antonio Baylos. Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social*, 11 abril 2023, <https://baylos.blogspot.com/2023/04/la-negacion-de-la-realidad-como.html>.

37 Así, por ejemplo, «El “maquillaje” de la reforma laboral: se disparan los despidos por período de prueba y los fijos discontinuos», *COPE*, 25 abril 2023, https://www.cope.es/actualidad/economia/noticias/maquillaje-reforma-laboral-disparan-los-despidos-por-periodo-prueba-los-fijos-discontinuos-20230425_2674217.

38 UGT, *Hechos y mitos sobre la reforma laboral 2021*, UGT. *Servicio de Estudios*, 2023, pp. 12-13.

dentro de valores no excesivos y en ningún caso alarmantes. Por tanto, cabe descartar un uso fraudulento generalizado del periodo de prueba como vía de fuga con respecto a los efectos de aumento de la estabilidad en el empleo pretendidos por la reforma laboral³⁹. En todo caso, esta cuestión seguramente merece atención y seguimiento en adelante.

Finalmente, también ha habido polémica con eco en los medios de comunicación y en algunos foros de debate académico sobre otros dos asuntos: en primer lugar, si en la creación de empleo indefinido tras la reforma se advierte una tendencia excesiva hacia el empleo a tiempo parcial, en perjuicio del empleo a jornada completa; en segundo lugar, si, pese al ascenso de la contratación de carácter indefinido, la estabilidad real en el empleo medida en términos de duración media de los contratos podría estar estancada o incluso estar disminuyendo. Pues bien, a juicio de este autor, se trata de cuestiones más complejas que las anteriores, que para un balance adecuado requerirían una perspectiva temporal mayor y un mejor y más profundo tratamiento analítico de los datos del que hoy no se dispone (por ejemplo, analizando la parcialidad en términos de número de horas contratadas, analizando los flujos y conversiones desde el trabajo temporal a tiempo parcial al indefinido, haciendo comparativas plurianuales sobre la duración media de los contratos, etc.). Por tanto, se estima que no valdría la pena enredarse aquí en la discusión sobre estos temas que, a fin de cuentas, no es posible examinar todavía de manera concluyente, sin perjuicio de dejarlos apuntados, dado su evidente interés e importancia⁴⁰.

6. Cuestiones pendientes y perspectivas de futuro

A la vista de los datos comentados, la reforma parece estar dando buenos resultados desde la perspectiva de sus objetivos relacionados con la lucha contra la precariedad, en su vertiente ligada al volumen excesivo o abuso de la contratación temporal. Desde luego, ello es de suma relevancia, teniendo en cuenta que la temporalidad, la inestabilidad laboral y la intermitencia entre desempleo y trabajo son factores clave en la generación de precariedad. Ahora bien, la acción normativa y demás políticas públicas frente a la precariedad no pueden agotarse en la cuestión del carácter temporal o indefinido de los contratos, pues en la precarización del trabajo hay que tener en cuenta otros muchos factores y asuntos clave que la propia reforma no llega a abordar frontalmente, y que otras medidas legales concurrentes en el periodo previo o posterior a la reforma tampoco tocan, o lo hacen sólo de manera parcial o fragmentaria.

Al respecto podría citarse, en primer lugar, el trabajo a tiempo parcial, que es a menudo foco de precariedad desde varios puntos de vista: el del trabajo a tiempo parcial involuntario o no deseado, el de aquellos casos en que se trabaja y se cobra por un número inferior de horas al que se desearía y el de la irregularidad o imprevisibilidad del trabajo debido a la gestión y organización flexible de la prestación laboral en esta modalidad de empleo (en particular, a través de las horas complementarias). Sin embargo, la reforma laboral de 2021 no parece haber encarado de forma directa los problemas de precariedad en torno al trabajo a tiempo parcial, habiéndose suscitado, además, la mencionada polémica sobre si aquella hubiese favorecido o no la proliferación de trabajo a tiempo parcial indeseado, cosa que, de todos modos, no está confirmada.

Por otra parte, la garantía de trabajo digno y no precario requiere obviamente que se preste atención a otros estándares laborales más allá de la modalidad de contrato de trabajo. Así, ante

39 En el mismo sentido, y ofreciendo evidencias adicionales al respecto, GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., «La reforma laboral de la contratación 2021 en las fuentes estadísticas oficiales: segundo avance», *Briefs de la AEDTSS*, n.º 52, 2023, <https://www.aedtss.com/la-reforma-laboral-de-la-contratacion-2021-en-las-fuentes-estadisticas-oficiales-segundo-avance/>.

40 Algunos análisis apuntan también al rechazo de las críticas contra la reforma laboral en torno a estas dos últimas cuestiones, si bien en ocasiones con cautelas similares a las que aquí se han señalado. Así, GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., «La reforma laboral de la contratación 2021 en las fuentes estadísticas oficiales: segundo avance», *Briefs de la AEDTSS*, n.º 52, 2023, <https://www.aedtss.com/la-reforma-laboral-de-la-contratacion-2021-en-las-fuentes-estadisticas-oficiales-segundo-avance/>; UGT, *Hechos y mitos sobre la reforma laboral 2021*, UGT. Servicio de Estudios, 2023, pp. 16-21.

los flexibilizados y acelerados tiempos y ritmos de trabajo contemporáneos o la difuminación de las fronteras entre tiempos de trabajo y de vida personal extralaboral de nuestras sociedades contemporáneas, en el contexto de la digitalización y las nuevas formas de organización laboral, podría ser conveniente revisar y actualizar la ordenación normativa existente al respecto. Por ejemplo, consolidando un derecho a la desconexión digital ya reconocido, pero poco desarrollado y escasamente eficaz en la práctica. También debería acometerse la transposición pendiente de la Directiva de la UE sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles⁴¹. Más en general, podría pensarse en adaptar en mayor medida la regulación de las limitaciones de jornada y descansos a la realidad actual, procurando además evitar que el peso de la «doble jornada» laboral y doméstico-familiar sigan soportándolo de manera tan mayoritaria e intensa las mujeres.

Asimismo, especialmente desde la perspectiva de la lucha contra la denominada «pobreza laboriosa»⁴², hay que atender a la cuestión salarial. Los salarios han subido muy poco o han permanecido estancados en los últimos años, y las personas trabajadoras han ido perdiendo poder adquisitivo, de manera particularmente acelerada con la sustancial subida de la inflación a partir de los años 2021 y 2022. También ha sido evidente en los últimos años el descenso de la participación del trabajo en la riqueza nacional, que ha basculado notoriamente hacia el capital. Ciertamente, sí han subido, y de manera muy importante y significativa, los salarios más bajos, gracias a las sucesivas subidas del salario mínimo interprofesional con el declarado propósito de alcanzar el objetivo de situarse en el 60 % del salario medio. Pero la situación es muy distinta en lo que se refiere al conjunto de los salarios, y especialmente a los rangos medios de los niveles salariales, donde se evidencia el aludido empobrecimiento resultante del efecto combinado de la ralentizada evolución salarial y el incremento de la inflación.

Dejando aparte lo relativo al salario mínimo, no es esperable, ni seguramente deseable, que la recuperación de niveles y revisiones salariales al alza venga de la mano de la acción normativa directa. Aunque cabe pensar, desde luego, en acciones con un impacto indirecto. Como el propio preámbulo del Decreto-ley 32/2021 señala, «el elevado nivel de temporalidad ejerce una fuerte presión sobre los salarios y el resto de las condiciones de trabajo, convirtiéndose en un instrumento para la devaluación salarial que, por un lado, deteriora el nivel de vida de las personas y, por otro, debilita la demanda interna y, por lo tanto, la capacidad de crecimiento económico de nuestro país», de manera que la corrección de dichos niveles de temporalidad perseguida por la reforma podría a medio y largo plazo contribuir a cambiar las dinámicas en este punto.

Más allá de ello, la garantía de remuneraciones adecuadas y suficientes es tarea fundamentalmente para la negociación colectiva. No obstante, ello no significa que, escudándose en el respeto de la autonomía colectiva, los poderes públicos tengan que adoptar necesariamente una actitud puramente abstencionista en esta materia. Caben actuaciones indirectas de promoción, estímulo o refuerzo a la negociación colectiva salarial. Es más, la Directiva sobre salarios mínimos adecuados obliga a los estados a adoptar medidas en este sentido, e incluso, cuando la tasa de cobertura de los convenios sea inferior al 80 % (como sucede en España) a poner en marcha un marco de condiciones y un plan de acción concreto y periódicamente revisado encaminados a favorecer la negociación colectiva sobre remuneraciones y aumentar dicha tasa de cobertura⁴³.

En lo anterior puede encontrarse alguna pista para la necesaria «modernización de la negociación colectiva», que la propia reforma laboral de 2021 enunciaba como uno de sus objetivos. Sin embargo, como se ha dicho, el Decreto-Ley 32/2021 se limitó finalmente a retocar las reglas

41 Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

42 MARTÍNEZ MORENO, C., «El riesgo de exclusión social de los trabajadores pobres: análisis de las reglas jurídicas conectadas con este nuevo fenómeno», en AA. VV. (MORENO GENÉ, J., FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., Dir.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 181-215.

43 Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, art. 4. Véase ÁLVAREZ ALONSO, D., «Salarios mínimos en la Unión Europea: propuesta de Directiva e implicaciones para España», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 151, 2021, pp. 33-55.

de prioridad aplicativa del convenio de empresa y recuperar la «ultraactividad» indefinida de los convenios, dos modificaciones muy importantes, pero de carácter puntual, que no agotan el elenco de actuaciones posibles —o necesarias— para la consecución del propósito de modernización de la negociación colectiva. Así, por ejemplo, adicionalmente a lo ya dicho con respecto a la negociación colectiva sobre remuneraciones y la tasa de cobertura de los convenios, podría ser conveniente la adaptación de las reglas sobre legitimación o unidades de negociación en el entorno de las nuevas formas de trabajo y organización empresarial, especialmente en el contexto de la digitalización y la «atomización» del trabajo.

En relación con los derechos colectivos y el sistema de relaciones laborales, cabría también pensar en una cada vez más necesaria modificación del Título II del Estatuto de los trabajadores, sobre representación de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo, con el fin de adaptar la ya muy desfasada regulación de las estructuras y el conjunto del marco normativo sobre dicha representación unitaria a la fisonomía contemporánea del trabajo y las empresas en el contexto actual, teniendo en cuenta la realidad de un tejido empresarial donde predominan las empresas y unidades productivas pequeñas y fragmentadas, así como la proliferación de nuevas formas de empresa y organización de la actividad productiva que van ya mucho más allá del clásico paradigma de la «descentralización productiva», al compás de la digitalización, la «atomización» del trabajo y la revolución industrial 4.0.

Por cierto, ese panorama de nuevas realidades emergentes en el mundo de la actividad económica digitalizada y «atomizada» irá demandando indudablemente otras muchas novedades y adaptaciones en la legislación laboral. De hecho, ya van apareciendo algunas primeras piezas de regulación específica para supuestos como los del trabajo en plataformas digitales⁴⁴. También vamos teniendo un acervo creciente y en constante actualización de normas sobre derechos, obligaciones y garantías para empresas y trabajadores en relación con la presencia de medios tecnológicos en el entorno laboral, cada vez más intensa y de mayor sofisticación. Así, por ejemplo, las relacionadas con el derecho a la desconexión, el uso de dispositivos digitales en el medio laboral, los medios de vigilancia tecnológica y/o a distancia del trabajo u otros derechos digitales de las personas trabajadoras⁴⁵, o también las relativas a la utilización de sistemas de inteligencia artificial con repercusiones laborales y las exigencias de lo que empieza a denominarse «transparencia algorítmica»⁴⁶. Se trata en cualquier caso de un campo en permanente movimiento en el que, sin duda, cabe esperar ulteriores aportaciones normativas.

Asimismo, en relación con las formas emergentes de organización de la empresa y el trabajo, sería probablemente necesario abordar también una cierta reconstrucción de las reglas sobre definición de la figura del empleador a efectos de la legislación laboral y sobre imputación de obligaciones y responsabilidades empresariales en los supuestos de pluralidad de empresarios, relaciones laborales «multipartitas» o supuestos de «atomización» de la empresa y el trabajo. En este sentido, se estima cada vez más acuciante abordar legalmente la problemática de las estructuras y redes empresariales complejas, revisando y actualizando la normativa sobre subcontratación y «descentralización productiva» y, sobre todo, abordando otras formas de articulación de la actividad empresarial como los grupos de empresas, las plataformas digitales, el *crowdsourcing* y el *crowdwork* o los entramados de franquicias, entre otras.

Finalmente, parece volver a estar sobre la mesa el debate en torno a la adecuada protección frente al despido y otras formas de extinción de la relación laboral, cuestión obviamente crucial desde el punto de vista de las garantías de estabilidad en el empleo y frente a la precariedad laboral. La reforma de 2021 no alteró las modificaciones facilitadoras del despido introducidas en la reforma de 2012, pese al debate que existía en torno a la posible «derogación» o rectificación en este punto. Sin embargo, parece que el asunto retorna a primer plano, ahora con

44 Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales

45 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, arts. 87 a 91.

46 Por ejemplo, el nuevo derecho de información de los representantes de los trabajadores en esta materia introducido en el art. 64 ET mediante la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

nuevos elementos y perspectivas que llegan de la mano de la discusión suscitada en la práctica jurisdiccional y ante el Comité de Garantía de Derechos Sociales, con reflejo naturalmente en el debate académico, sobre si las indemnizaciones por despido tasadas de nuestra legislación cumplen o no con los estándares de la Carta Social Europea y, en particular, si despliegan adecuadamente la doble función que están llamadas a desempeñar: reparación del daño para la persona despedida y disuasión de los despidos arbitrarios o injustificados⁴⁷. No es claro en qué términos se resolverá este debate, pero podrían razonablemente esperarse novedades al respecto.

Todos los asuntos anteriores conectan de uno u otro modo con el tema del impacto de la precariedad laboral en la salud mental, al que por fortuna se está prestando atención creciente. De hecho, la mayoría de ellos son aludidos o incluso objeto de alguna recomendación en el *Informe sobre precariedad laboral y salud mental: conocimientos y políticas*, elaborado por encargo del Ministerio de Trabajo y Economía Social a un grupo interdisciplinar de personas expertas en la materia, provenientes de distintos campos académicos y profesionales (Sociología, Psicología, Psiquiatría, Salud Pública, Derecho del Trabajo o Filosofía, entre otros)⁴⁸. En él se subraya la importancia de combatir la precariedad laboral también desde la perspectiva de la mejora de la salud mental, pues se evidencia que el trabajo precario no solo genera insatisfacción y sufrimiento, sino que puede ser una muy relevante causa o agravante de trastornos como la ansiedad, la depresión o el síndrome del *burnout*. De hecho, la precariedad debe considerarse un determinante social de la salud en torno al que es constatable un claro gradiente social: a más precariedad, mayor probabilidad de sufrir esta clase de problemas⁴⁹. Para afrontar esta problemática, el informe aboga por el abordaje de la precariedad como realidad compleja y multidimensional, cuyo impacto en la salud mental de los trabajadores se debe considerar un problema social colectivo, y no una cuestión individual a tratar solo mediante la medicalización del paciente. A tal efecto, incluye recomendaciones de actuación relacionadas con la legislación laboral, muchas coincidentes con aspectos aquí mencionados con anterioridad, aunque también, por supuesto, con diferentes políticas públicas en otros campos⁵⁰.

Estos son solo algunos de los principales retos y asuntos que, sin ánimo de exhaustividad, pueden identificarse como pendientes para futuras reformas de la legislación laboral. A la vista de este pequeño catálogo meramente ejemplificativo de desafíos todavía por abordar, quizá sea mucho decir, como lo hace el preámbulo del Decreto-ley 32/2021, que la reforma de 2021 plasma «las bases de un nuevo contrato social» para «hacer compatible la estabilidad en el empleo con las necesidades de una economía en plena evolución marcada por las transiciones ecológica y digital». No obstante, la reforma sí puede seguramente considerarse, al menos, como un primer paso, y muy importante, en esa dirección. Ahora bien, es claro que queda aún trecho para recorrer. Quizá algunos de los temas aquí mencionados puedan —o deban— formar parte de la columna vertebral de los anunciados planes de elaborar un «Estatuto del trabajo para el siglo XXI» y/o un nuevo «Código de Trabajo»⁵¹, si se consigue llevarlos a buen término. Veremos.

47 LAHERA FORTEZA, J., «La indemnización y reparación del despido injustificado en las normas internacionales: adecuación de la norma española», *Briefs de la AEDTSS*, n.º 32, 2023, <https://www.aedtss.com/la-indemnizacion-y-reparacion-del-despido-injustificado-en-las-normas-internacionales-adecuacion-de-la-norma-espanola/>; SALCEDO BELTRÁN, C., «Indemnización adecuada, reparación apropiada y función disuasoria del despido injustificado según la Carta Social Europea Revisada: los árboles no deben impedir ver el bosque», *Briefs de la AEDTSS*, n.º 33, 2023, <https://www.aedtss.com/indemnizacion-adecuada-reparacion-apropiada-y-funcion-disuasoria-del-despido-injustificado-segun-la-carta-social-europea-revisada-los-arboles-no-deben-impedir-ver-el-bosque/>.

48 COMISIÓN DE PERSONAS EXPERTAS SOBRE EL IMPACTO DE LA PRECARIEDAD LABORAL EN LA SALUD MENTAL EN ESPAÑA, *Precariedad laboral y salud mental: conocimientos y políticas (Informe PRESME)*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2023/170323-informe-salud-mental.pdf>.

49 Por dar tan solo un dato significativo de entre los recogidos en el informe, en los empleos más precarios hay aproximadamente 2,5 veces más riesgo de padecimientos de salud mental.

50 Véanse páginas 73-86 del citado *Informe PRESME*.

51 Tal y como prevé la Disposición Adicional 8.ª ET.

7. Conclusiones

El algo más de un año transcurrido desde la entrada en vigor de la reforma laboral de 2021 ofrece una buena ocasión para realizar un primer balance sobre su impacto en nuestro mercado de trabajo. No obstante, la perspectiva temporal y la información de la que se dispone al efecto son todavía limitadas, por lo que forzosamente se trata de un balance preliminar y que ha de tomarse con las debidas reservas. De otra parte, el balance aquí ofrecido se refiere fundamentalmente al eje de la reforma relacionado con la promoción de la contratación indefinida y la reducción de la temporalidad, que es ciertamente su objetivo principal, pero no el único, habiéndose dejado en segundo plano lo relativo a la negociación colectiva, la subcontratación y los mecanismos de flexibilidad interna, asuntos cuyo cabal seguimiento requiere mayor recorrido y sobre los que resultaría excesivamente precipitado ofrecer un diagnóstico en este momento.

Debe asimismo insistirse en que el análisis aquí contenido es más que nada un contraste entre los propósitos de la reforma en relación con las modalidades de contratación y los datos disponibles de evolución del mercado de trabajo en el periodo subsiguiente a la entrada en vigor de aquella. Por tanto, se trata en todo caso de una valoración indirecta, que permite deducir indiciariamente efectos de la reforma, pero que en ningún caso permite avalar de manera inamovible o con total seguridad relaciones de causa-efecto. Por otro lado, no debe perderse de vista que en la evolución del mercado de trabajo influyen por supuesto las modificaciones de la legislación laboral, pero también otros muchos factores económicos, políticos y sociales. En este sentido, además, el periodo analizado se ha visto afectado por circunstancias especialmente singulares desde el punto de vista social y de la situación geopolítica y económica global (postpandemia, guerra de Ucrania, inflación, crisis de suministro de materias primas y componentes electrónicos, crisis energética, «transición ecológica», entre otras cosas).

Dentro de esas coordenadas y con las apuntadas cautelas, podría intuirse que la reforma sí está consiguiendo una transformación de las prácticas de nuestro mercado de trabajo en materia de contratación, de forma además bastante rápida. Asimismo, puede seguramente afirmarse que el mercado de trabajo, las propias empresas empleadoras y los demás agentes que operan en el mundo laboral se están adaptando al nuevo marco legal también muy rápidamente y de manera en absoluto traumática, disipando las dudas y los malos presagios al respecto. Además, parece que las transformaciones que está viviendo el mercado de trabajo se orientan tendencialmente en el sentido pretendido por la reforma: aumento muy significativo de la contratación indefinida y drástica reducción de la temporalidad; mejora de la estabilidad y calidad del empleo en términos globales; igualmente, mejora de la calidad del empleo para colectivos tradicionalmente más expuestos a la inestabilidad laboral como las mujeres y los jóvenes.

Todo lo anterior, por otra parte, se está produciendo sin impacto negativo (o ligeramente positivo) desde la perspectiva del volumen total de empleo. En este sentido, la realidad parece desmentir los augurios de algunos sectores de opinión que pronosticaban que la reforma destruiría empleo y/o provocaría más desempleo. No ha sido así. Tampoco se ha producido lo contrario. Es decir, la reforma tampoco parece haber dado lugar a la creación masiva de nuevos puestos de trabajo. Ello entra dentro de lo normal, puesto que, al menos a juicio de este autor, las reformas laborales, por norma general, no crean empleo desde la perspectiva del volumen global de trabajo disponible. Ni las de un signo ni las de otro. Sí pueden afectar, eso sí, a la velocidad con la que se destruye el empleo existente, especialmente en los periodos recesivos de la economía (como se ilustró perfectamente con alguna reforma anterior). También pueden afectar a la velocidad de las transiciones entre empleo y desempleo, o entre distintos empleos, aspecto este último sobre el que sería interesante valorar los efectos de la reforma del 2021, si bien seguramente es pronto y faltan datos todavía para sacar conclusiones fundadas. Finalmente, también pueden afectar a la forma o modalidad de empleo, que es lo que la reforma de 2021 perseguía, y lo que parecería estar logrando, aunque todavía hay cierto debate sobre si lo está haciendo exactamente en los términos pretendidos.

En este último sentido, las conclusiones razonablemente positivas que ofrecen los datos globales de empleo, contratos registrados y población asalariada por tipo de contrato, sin verse desmentidas, sí pueden ser objeto de algunos matices si se desciende al análisis sectorial o de algunos aspectos concretos. Por otra parte, se han dejado apuntados determinados puntos críticos en torno a los que la eficacia o acierto de la reforma han sido y siguen siendo objeto de discusión (fijos-discontinuos, incremento de las extinciones de contratos en periodo de prueba, posible exceso de la contratación a tiempo parcial, duración media de los contratos), aunque

también se ha constatado que, en varios de ellos, los argumentos contra la reforma se basan en asunciones erróneas o falsas, y en otros todavía no disponemos de información o perspectiva temporal suficiente para realizar una valoración precisa y ponderada.

En todo caso, sí parece que, en términos generales, la reforma está consiguiendo transformar las prácticas y la «cultura de la temporalidad» de nuestro mercado laboral, reconduciendo una enorme cuota de empleos antes cubiertos mediante modalidades de contrato temporales hacia la contratación indefinida, ya sea en su modalidad ordinaria o bien en el renovado molde del contrato fijo-discontinuo. En definitiva, seguramente cabe afirmar que la reforma ha contribuido a mejorar el funcionamiento de nuestro mercado de trabajo. Ello es motivo de razonable satisfacción, aunque sin caer en el triunfalismo, pues también persisten multitud de problemas y deficiencias (incluido el elevado desempleo en torno a los 3 millones de personas y 13 % en términos porcentuales). Además, desde la perspectiva de las necesidades de regulación y las modificaciones o adaptaciones de la legislación laboral, tal y como se ha comentado en el apartado anterior, hay muchas cuestiones que la reforma de 2021 vino a dejar «en el tintero» o, más en general, muchos desafíos pendientes todavía para el Derecho del Trabajo dentro de su tradicional —y casi consustancial— dinámica de permanente transformación y adaptación. En todo caso, la primera impresión es que la reforma laboral de 2021 ha ido bastante bien encaminada, siendo de esperar que así lo confirmen los datos en el medio y largo plazo, y que las reformas futuras tengan el mismo o, si es posible, todavía mayor acierto.

Bibliografía y documentación

- AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.),** *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022.
- AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S, RODRÍGUEZ INIESTA, G., Dir.),** *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022.
- AGUILERA IZQUIERDO, R.,** «Contratos de obra o servicio determinado», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 217-229.
- ÁLVAREZ ALONSO, D.:**
- «Salarios mínimos en la Unión Europea: propuesta de Directiva e implicaciones para España», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n. 151, 2021, pp. 33-55.
 - «Valoración general sobre la reforma laboral», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022 pp. 81-111.
- BALLESTER PASTOR, M. A.,** *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A.,** «Convenio colectivo aplicable en las contratadas y subcontratadas», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 495-517.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.,** «El nuevo contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L. / RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. / RODRÍGUEZ INIESTA, G., Dir.), *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022, pp. 117-142
- CEINOS SUÁREZ, A.,** «Trabajos fijos discontinuos», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 279-301.
- COMISIÓN DE PERSONAS EXPERTAS SOBRE EL IMPACTO DE LA PRECARIEDAD LABORAL EN LA SALUD MENTAL EN ESPAÑA,** *Precariedad laboral y salud mental: conocimientos y políticas* (Informe PRESME), Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2023/170323-informe-salud-mental.pdf>.

- CRUZ VILLALÓN, J.**, «Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la postpandemia», *Temas Laborales*, n. 161, 2022, pp. 11-66.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.** «Ultraactividad del convenio colectivo», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 537-552.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.**, «Procedimientos de regulación temporal de empleo (artículo 47 ET)», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., RODRÍGUEZ INIESTA, G., Dir.), *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022, pp. 373-406.
- GARCÍA MURCIA, J.:**
- «Otra reforma laboral», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 17-46.
 - «Proemio», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 11-16.
- GARCÍA TORRES, A.**, «Un nuevo Estatuto del becario», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 179-194.
- GARRIDO PÉREZ, E.**, «El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos tras el RDL 32/2021: la centralidad estructural y finalista de la formación», *Temas Laborales*, n. 161, 2022, pp. 67-106.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.**, «La reforma laboral de la contratación 2021 en las fuentes estadísticas oficiales: segundo avance», *Briefs de la AEDTSS*, n.º 52, 2023, <https://www.aedtss.com/la-reforma-laboral-de-la-contratacion-2021-en-las-fuentes-estadisticas-oficiales-segundo-avance/>.
- GOERLICH PESET, J. M.**, «Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Volumen 3 - Número extraordinario - La reforma laboral de 2021, 2022, pp. 58-72.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.**, «Contratos de duración determinada» en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 195-216.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.**, «El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la Reforma de 2021», *Temas Laborales*, n.º 161, 2022, pp. 217-252.
- INSTITUTO EY-SAGARDOY DE TALENTO E INNOVACIÓN, BBVA RESEARCH, FEDEA**, *Observatorio Trimestral del Mercado de Trabajo*, Boletín n.º 3, noviembre de 2022, pp. 2-4, y 17-18 (presentación PDF), <https://laboral.fedea.net/>.
- LAGO, M.**, «La falsa polémica de los fijos discontinuos», *EL PAÍS*, 5 abril 2023, <https://elpais.com/economia/2023-04-05/la-falsa-polemica-de-los-fijos-discontinuos.html>.
- LAHERA FORTEZA, J.**, «La indemnización y reparación del despido injustificado en las normas internacionales: adecuación de la norma española», *Briefs de la AEDTSS*, n.º 32, 2023, <https://www.aedtss.com/la-indemnizacion-y-reparacion-del-despido-injustificado-en-las-normas-internacionales-adequacion-de-la-norma-espanola/>.
- MARTÍNEZ MORENO, C.:**
- «El riesgo de exclusión social de los trabajadores pobres: análisis de las reglas jurídicas conectadas con este nuevo fenómeno», en AA. VV. (MORENO GENÉ, J., FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., Dir.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 181-215.

— «Límites a la prioridad aplicativa del convenio de empresa», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 519-535.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., CUETO IGLESIAS, B., «Contratos formativos», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 133-157.

MERCADER UGUINA, J. R.:

— «El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Volumen 3 — Número extraordinario — La reforma laboral de 2021, 2022, pp. 111-128.

— «Diálogo social y reforma laboral», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 59-80.

MOLINA NAVARRETE, C., «Retorno normativo a la ultraactividad indefinida: ¿cambio que bien merece una reforma o valor simbólico?», *Temas Laborales*, n. 161, 2022, pp. 387-406.

MUNTANER, S. (BAYLOS GRAU, A. P.), «La negación de la realidad como estrategia política: a propósito de la reforma laboral y los fijos discontinuos», *Blog Según Antonio Baylos*, Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social, 11 abril 2023, <https://baylos.blogspot.com/2023/04/la-negacion-de-la-realidad-como.html>.

PÉREZ DEL PRADO, D., «La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿la propuesta definitiva?», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Volumen 3 - Número extraordinario - La reforma laboral de 2021, 2022, pp. 7-18.

QUINTANILLA NAVARRO, B., «Reforma laboral y lucha contra la temporalidad», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 407-418.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «Los ERTE como alternativa al despido», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 419-440.

SALCEDO BELTRÁN, C., «Indemnización adecuada, reparación apropiada y función disuasoria del despido injustificado según la Carta Social Europea Revisada: los árboles no deben impedir ver el bosque», *Briefs de la AEDTSS*, n.º 33, 2023, <https://www.aedtss.com/indemnizacion-adecuada-reparacion-apropiada-y-funcion-disuasoria-del-despido-injustificado-segun-la-carta-social-europea-revisada-los-arboles-no-deben-impedir-ver-el-bosque/>.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Garantías para la estabilidad en el empleo», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, 2022, pp. 395-405.

UGT, *Hechos y mitos sobre la reforma laboral 2021*, UGT. Servicio de Estudios, 2023, <https://www.ugt.org/hechos-y-mitos-sobre-la-reforma-laboral>.

VILA TIERNO, F., «El contrato formativo en sus dos modalidades», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., RODRÍGUEZ INIESTA, G., Dir.), *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022, pp. 23-54.

II.

EL FORTALECIMIENTO DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LA REFORMA DE 2021¹

Ignacio González del Rey Rodríguez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

1. Estabilidad en el empleo, contratos de trabajo y reformas laborales

Son bien conocidas las tradicional y proverbialmente altas tasas de temporalidad en el mercado de empleo español, dentro del contexto europeo. Aparte del carácter estacional de algunos de nuestros más relevantes sectores productivos demandantes intensivos de empleo, particularmente los vinculados al turismo, desde el punto de vista jurídico pueden destacarse entre sus causas: la flexibilización legal de la contratación temporal acausal como medida de fomento del empleo, desde los años ochenta del pasado siglo², la admisión jurisprudencial de la vinculación de los contratos por obra o servicio determinados a la ejecución de contratos y subcontratos de empresas, desde la década siguiente³, y el desproporcionado crecimiento del trabajo interino en el sector público, como respuesta a los prolongados, frustrados o limitados procesos de selección, especialmente en el contexto de la gran crisis financiera de 2008-2012⁴.

Consciente de tales excesos y de sus perniciosas consecuencias, particularmente en materia de formación profesional, siniestralidad laboral, libertad contractual o precariedad vital, algunas de las reformas laborales más relevantes de las últimas décadas han intentado paliar unos y otras, especialmente a través de la limitación de la contratación de duración determinada y de la mejora de los derechos de los trabajadores temporales⁵. Así, destacada y sintéticamente, en la reforma de 1997 se suprime el contrato de lanzamiento de nueva actividad, se restringe

1 El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación: «Las transformaciones de la legislación laboral contemporánea y el nuevo estatuto del trabajo», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Referencia: PID2020-118499GB-C33), y constituye una versión revisada y ampliada del capítulo sobre «Contratos de duración determinada», publicado en VV. AA. (edit. Joaquín GARCÍA MURCIA), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, 2022.

2 Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo, y Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo.

3 SSTs de 15 de enero de 1997 (rec. 3827/1995) y 8 de junio de 1999 (rec. 3009/1998).

4 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Los procesos de estabilización en el empleo público», en VV. AA. (edit. Joaquín GARCÍA MURCIA), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, 2022, p. 363, y GARCÍA TORRES, A., «La reconfiguración del empleo público a través de leyes de coyuntura: del RDL 8/2010 al RDL 20/2012» *Información Laboral*, n.º 1/2014 (versión digital: BIB 2014\570), pp. 49 y ss.

5 CABERO MORÁN, E., «La reordenación de los contratos de trabajo y la reducción de la temporalidad», *Trabajo y Derecho (Smarteca)*, n.º 88, 2022, pp. 7 y ss.

el temporal de fomento del empleo respecto de los trabajadores con discapacidad, y se crea el contrato para el fomento de la contratación indefinida⁶; en la de 2001 se establece una indemnización por extinción de los contratos de duración determinada⁷; en la de 2006 se limitan las posibilidades de encadenamiento de contratos temporales⁸, y en la de 2010 se amplían y refuerzan algunas de las medidas anteriores, en relación con el contrato de fomento de la contratación indefinida, la duración máxima y el encadenamiento de los contratos temporales, o la indemnización por extinción de los mismos⁹.

Es, no obstante, la reforma operada por 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 del mercado de trabajo, la que adopta una modificación de mayor profundidad y potencial restrictivo sobre el régimen de la contratación temporal desde la aprobación del primer Estatuto de los Trabajadores en 1980¹⁰, constituyendo, asimismo, dicha modificación, la parte más nuclear de esta reforma.

En el marco del siempre bienvenido diálogo social entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal y el Gobierno de España, incluso, en este, con la participación de varios Ministerios y de partidos políticos diferentes, y pese al bochornoso, teatral y partidista espectáculo de su convalidación por el Congreso de los Diputados, la reforma de diciembre de 2021 adopta una línea de tendencia diferente, en cierta medida opuesta, a la de la mayoría de las precedentes reformas de calado de la legislación laboral de las últimas décadas. Más favorable a la seguridad que a la flexibilidad, en ese binomio y neologismo, de difícil equilibrio y paradójica integración, de la *flexiseguridad*¹¹.

No se trata, sin embargo, de la primera ni la única de estas reformas laborales que nacen del diálogo social, en las variadas manifestaciones en que suele producirse. En mayor o menor medida, también tienen ese origen las reformas de 1997 o 2006, aunque en aquellos casos la iniciativa fue de los interlocutores sociales, que trasladaron sus correspondientes acuerdos al Gobierno. Y tampoco constituye la primera reforma favorable a la seguridad y a la estabilidad en el trabajo y en el empleo, frente a la predominante flexibilidad, ni, menos aún, una contrarreforma o una derogación de la más flexibilizadora reforma del año 2012¹², anunciada en el Pacto de investidura del actual Gobierno, y de la que apenas se retocan algunos aspectos de la negociación colectiva, sin afectar a las más severas modificaciones entonces operadas para reducir el coste del despido (salarios de tramitación e indemnizaciones). Incluso la tendencia favorable a la contratación indefinida y restrictiva de la contratación de duración determinada y más protectora de los trabajadores temporales también pudo constatarse en muchas de las reformas precedentes; más claramente, eso sí, en las alumbradas tras procesos de diálogo social, como las citadas, pero también, en alguna medida, en las de 2001 o 2010, como se vio¹³.

El protagonismo de la contratación temporal en la reforma del Real Decreto-ley 32/2021 queda patente desde su mismo preámbulo, en el que se subraya la temporalidad como uno de los «graves problemas de nuestro mercado de trabajo», junto con el desempleo, así como

6 Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, y Ley 63/1997, de 26 de diciembre, ambos de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida

7 Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo, y Ley 12/2001, de 9 de julio, ambos de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

8 Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, y Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ambos para la mejora del crecimiento y del empleo

9 Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, y Ley 35/2010, de 17 de septiembre, ambos de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

10 Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

11 ÁLVAREZ ALONSO, D., «Valoración general sobre la reforma laboral», en VV. AA. (edit. Joaquín GARCÍA MURCIA), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, 2022, pp. 83 y ss.

12 Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, y Ley 3/2012, de 6 de julio, ambos de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

13 GARCÍA MURCIA, «Otra reforma laboral», y MERCADER UGUINA, J. R., «Diálogo social y reforma laboral», ambos en VV. AA. (edit. Joaquín GARCÍA MURCIA), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, 2022, pp. 19 y ss., y 61 y ss., respectivamente.

sus nocivas consecuencias en relación con la productividad, la formación, la cualificación y la vinculación profesional¹⁴. Se trata, además, de un déficit del mercado de empleo español cuestionado desde hace décadas por la Unión Europea, también y especialmente por su Tribunal de Justicia, en aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, teniendo en cuenta el excesivo uso o abuso de la contratación temporal en España¹⁵, cuya tasa de temporalidad supera sistemáticamente el 20 % (entre el 24 % y el 34 % en los últimos veinte años) y duplica normalmente la media comunitaria¹⁶. Sin perjuicio de la incidencia que, como se dijo, puede tener el peso específico de algunas actividades estacionales y turísticas demandantes de mano de obra intensiva en nuestro mercado productivo y de empleo, y también las altas tasas de temporalidad en el sector público, la excesiva temporalidad del mercado de trabajo español, con un marco jurídico comparativamente estricto en materia de contratación temporal, venía constituyendo una clara contradicción entre la rígida ley y el laxo mercado, así como una significativa disfunción, con las perniciosas consecuencias reiteradas¹⁷.

2. Medidas generales de fortalecimiento de la contratación indefinida en la reforma laboral de 2021

En el referido contexto y en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia aprobado por el Gobierno de España para acceder a los cuantiosos fondos previstos en el Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, se contempla, dentro del Componente 23 («Políticas públicas para un mercado laboral dinámico, resiliente e inclusivo»), un epígrafe específico sobre «Simplificación de contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad y simplificación de la contratación temporal».

La simplificación de las modalidades de contratación laboral viene siendo una especie de lema o mantra de los sucesivos Ministerios del ramo de las últimas décadas; seguramente por influencia de la presión de la Unión Europea al respecto, y de la patológica dualidad o segmentación del mercado de trabajo español y sus altas tasas de temporalidad. Sin embargo, algunas de las soluciones adoptadas sobre el particular han sido más bien operaciones formales de márquetin. Como fue, paradigmáticamente, en 2013, la simplificación y supresión de numerosos modelos oficiales de contratos de trabajo, previstos en su día para cláusulas específicas accesorias y no constitutivas de auténticas modalidades de contratación laboral (relativas, por ejemplo, al colectivo de destinatarios, a medidas de fomento del empleo o a beneficios en materia de Seguridad Social), y su sustitución por cuatro únicos modelos (indefinido, temporal, para la formación y el aprendizaje, y en prácticas), con numerosas páginas, sin embargo, destinadas a aquellas mismas cláusulas menores y no propiamente modalizadoras de la contratación.

14 GARCÍA QUIÑONES, J. C., «El preámbulo del Real Decreto-ley 32/2021», en VV. AA. (edit. Joaquín GARCÍA MURCIA), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, 2022, pp. 118 y ss.

15 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Los procesos de estabilización en el empleo público», en VV. AA. (edit. Joaquín GARCÍA MURCIA), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, 2022, p. 364, y GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «El trabajo temporal en la jurisprudencia comunitaria», en VV. AA. (dir. Joaquín GARCÍA MURCIA), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 108 y 109; «La cuestión prejudicial española ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de política social: 30 años de diálogo jurisdiccional», en VV. AA. (coord. Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA), *Contribución a la europeización de la ciencia jurídica: estudios sobre la Unión Europea*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 223 y 235, e «Igualdad y no discriminación de los trabajadores temporales: la exclusión de los profesores interinos de los planes de evaluación e incentivos del Principado de Asturias», en VV. AA. (dir. Javier GÁRATE CASTRO y Yolanda MANEIRO VÁZQUEZ), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M.ª Emilia Casas Baamonde*, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, pp. 343 y 344.

16 *Anuarios estadísticos del Ministerio de Trabajo y Economía Social*.

17 GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., «Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021», *Labos*, vol. 3, n.º extraordinario sobre la reforma laboral de 2021, 2022, p. 21.

En la misma línea de apariencia o cosmética simplificadora, el Real Decreto-ley 32/2021 modifica el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores para anunciar que solo hay un contrato formativo, cuando realmente hay dos (en alternancia con el trabajo, y para la práctica profesional), y que «El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora». Olvidando otras modalidades de contratos temporales preexistentes y mantenidas, como el contrato de relevo (art. 12.6 y 7 ET) o el contrato temporal de fomento del empleo de personas en situación de discapacidad o exclusión (DA 1.ª Ley 43/2006, y art. 15 Ley 44/2007)¹⁸; creando o reconfigurando dos nuevas modalidades: los contratos de duración determinada en el sector público vinculados a la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia o de programas financiados con fondos europeos (DA 5.ª), y los contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral en el sector público o en entidades no lucrativas (DF 2.ª)¹⁹, y, como se verá, contemplando en las figuras expresamente previstas y recién trascritas supuestos claramente diferenciados, entre otras paradojas.

Con carácter general, como se dijo, la reforma laboral de 2021 restringe las posibilidades de contratación temporal y refuerza la contratación indefinida o fija. Incluso con preferencia por esta segunda denominación, pese a la tradicional indistinción jurídica y laboral entre uno y otro término, salvo en la anómala y paradójica figura del contrato indefinido no fijo en el sector público, de creación tipológica jurisprudencial y constitución individual y casuística judicial, dirigida a cohonestar la sanción laboral interna frente a la contratación laboral irregular o fraudulenta: la presunción de contrato de trabajo ordinario de carácter fijo (arts. 8 y 15 ET), con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público estable (arts. 103 CE)²⁰; más parecido al contrato temporal o interino en sus orígenes, y progresivamente asimilado al indefinido o fijo en los últimos años. Habrá que ver, por cierto, si esta reforma acaba con esta alegal modalidad contractual, o la reconfigura, al menos nominalmente, por qué no, como contrato de duración indeterminada, calificación posiblemente más acorde con su atípica naturaleza.

Vuelve, además, a la presunción general de contratación indefinida que contenía la versión original del Estatuto de los Trabajadores de 1980²¹, y que fue modificada en la reforma de 1994²², con más valor simbólico que real, puesto que, en todo caso, se mantiene la causalidad legal en la contratación temporal, aunque todavía más reforzada ahora.

En este sentido, se establece que «Para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato», no solo «la causa habilitante de la contratación temporal» y «las circunstancias concretas que la justifican», sino también, en términos más novedosos, «su conexión con la duración prevista» (art. 15.1 ET). Aparte de reforzar la causalidad de la contratación temporal, esta previsión quizá imponga indirectamente, y aconseje en todo caso, la formalización escrita de todos los contratos de duración determinada, pese a que la más específica regla sobre el particular, el artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores, que exceptúa de dicha obligación de formalización escrita a los contratos de duración no superior a cuatro semanas, no haya sido objeto de modificación por parte del Real Decreto-ley 32/2021²³.

18 Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, y Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

19 Véase, al respecto, la *Nota conjunta DGT-SPEE*, de 10 de febrero de 2022.

20 SSTs de 7 de octubre 1996 (rec. 3307/1995), 10 de diciembre de 1996 (rec. 1989/1995), 30 de diciembre de 1996 (rec. 637/1996), 11 de marzo de 1997 (rec. 3940/1996), 14 de marzo de 1997 (rec. 2974/1996) o 20 de marzo de 1997 (rec. 3305/1996), entre otras muchas.

21 Esta presunción también se establecía en la precedente Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (art. 14).

22 Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

23 SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Garantías para la estabilidad en el empleo», en VV. AA. (edit. Joaquín GARCÍA MURCIA), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, 2022, p. 401.)

Por otra parte, se endurecen las presunciones, más bien sanciones contractuales o conversiones en fijos de los contratos temporales irregulares, ahora sin posibilidad de prueba en contrario sobre la naturaleza temporal del trabajo (art. 15.4 ET), salvo, quizá, la referida a la ausencia o deficiencia de formalización escrita, prevista en el artículo 8.2 de esta ley, que, como se dijo, no ha sido modificado por la reforma²⁴.

También se han visto reducidos los plazos de conversión en fijo en supuestos de encadenamiento de contratos temporales (por circunstancias de la producción) de un mismo trabajador, que pasan de 24 meses en 30 a 18 en 24. Dicha conversión se extiende, además, con iguales plazos, a los supuestos de rotación de distintos trabajadores temporales en el mismo puesto de trabajo, como se preveía que podía establecerse en la negociación colectiva desde la reforma de 2006²⁵, sin demasiada efectividad, seguramente por la dificultad de determinación de la identidad del puesto (¿locativa, funcional...?), y quizá, por ello, fuente de futura litigiosidad²⁶.

Desde el punto de vista instrumental, debe destacarse igualmente el endurecimiento de las sanciones por infracciones en materia de contratación temporal (arts. 7.2 y 40.1.c) bis LISOS)²⁷, que se individualizan («se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas») y agravan (un 25 %)²⁸, así como el de la cotización adicional a la Seguridad Social, antes aplicable a los contratos de vigencia inferior a cinco días (uno de cada cinco contratos) y ahora a los de menos de 30 días (tres de cada cinco contratos)²⁹, con un incremento que pasa del 40 % adicional sobre la cotización empresarial por contingencias comunes, al triple de la cuota empresarial por contingencias comunes sobre la base mínima diaria de cotización (art. 151 LGSS)³⁰, que se añade a la cotización incrementada por desempleo (art. 31 Orden PCM/74/2023³¹).

Por último, también es reseñable el aumento de las remisiones a la negociación colectiva, de cualquier ámbito, en su mayoría para reforzar la estabilidad en el empleo y para mejorar la protección de los trabajadores temporales: reducción de la duración máxima del contrato de sustitución por interinidad por vacante, información sobre vacantes en puestos permanentes, medidas de reducción de la temporalidad y de promoción de la estabilidad, preferencias entre los trabajadores temporales para la conversión en indefinidos³², o medidas para facilitar el acceso efectivo a la formación profesional para el empleo. Así como el de la participación y derechos de información de la representación de los trabajadores para el control de la contratación temporal de las empresas: previsión anual de contratos de duración determinada por circunstancias de la producción derivadas de incrementos ocasionales y previsibles de duración

24 *Ibidem*, pp. 399 y ss.

25 En estos supuestos, «la empresa deberá facilitar por escrito a la persona trabajadora, en los diez días siguientes al cumplimiento de los plazos indicados, un documento justificativo sobre su nueva condición de persona trabajadora fija de la empresa, debiendo informar a la representación legal de los trabajadores sobre dicha circunstancia» (art. 15.9 ET).

26 NIETO ROJAS, P., «La contratación temporal en el RD Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones», *Labos*, vol. 3, n.º extraordinario sobre la reforma laboral de 2021, 2022, pp. 37 y 39.

27 También se prevé que el Servicio Público de Empleo comunique a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la superación de los períodos máximos de contratación temporal, cuando se constate con ocasión de la solitud, por parte de un trabajador, de certificación de sus contratos de duración determinada, a los efectos de acreditar su condición de fijo (art. 15.9 ET).

28 Pasan de entre 751 y 7.500 euros a entre 1.000 y 10.000 euros.

29 NIETO ROJAS, P., «La contratación temporal en el RD Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones», *Labos*, vol. 3, n.º extraordinario sobre la reforma laboral de 2021, 2022, p. 41.

30 La cotización adicional no se aplica en los Sistemas Especiales de trabajadores por cuenta ajena agrarios y de empleados de hogar, en el Régimen Especial de minería del carbón, y en los contratos por sustitución.

31 Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023.

32 La reforma mantiene igualmente la obligación empresarial de «informar a las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidos los contratos formativos, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que las demás personas trabajadoras», es decir, su derecho a la promoción interna mediante la estabilización en igualdad de condiciones con el resto de trabajadores, incluidos, en su caso, los ya fijos en otro puesto.

reducida y delimitada, vacantes indefinidas a efectos de estabilización, contratos celebrados exentos de la obligación de entrega de copia básica (inferiores a cuatro semanas), o conversiones de contratos indefinidos por superación de los límites de encadenamiento o rotación.

3. La supresión del contrato por obra o servicio determinados

En el nuevo artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 32/2021, se prevé que «El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora». De este modo, se suprime el centenario contrato por obra o servicio determinados, se reconfigura el también tradicional contrato eventual por circunstancias de la producción, y se proporciona cobertura de rango legal directo a los distintos contratos de interinidad: por sustitución, incluidos los supuestos de reducción de jornada, o por vacante.

En el referido afán de simplificación de los tipos de contratos, desaparece la seguramente más relevante modalidad de contrato de duración determinada existente en el ordenamiento laboral desde sus orígenes: el contrato por obra o servicio determinados, del que, en los últimos diez años, se venían celebrando entre seis y ocho millones³³. Heredero del arrendamiento civil de obra o servicio (art. 1583 CC)³⁴; previsto en todas las normas laborales de cabecera desde el nacimiento del Derecho del Trabajo³⁵, y progresivamente restringido en algunas de las últimas reformas laborales y, especialmente, en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, en particular, en lo que se refiere a su encadenamiento y excesiva duración³⁶, así como a su vinculación a la ejecución de contrata reiteradas y habituales entre empresas³⁷.

La antes referida admisión jurisprudencial, desde mediados de los años noventa del pasado siglo, de la contratación por obra o servicio determinados de trabajadores para la ejecución de contrata o subcontrata por parte de empresas auxiliares, pese a tratarse de su actividad permanente y ordinaria, tuvo su base en la consideración del encargo de la empresa principal como una obra o servicio con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa auxiliar, aun formalmente, y conllevó, junto con la coetánea limitación de otras modalidades de contratación temporal, en particular, la de fomento del empleo, un crecimiento exponencial del mismo, al menos durante los ciclos de crecimiento económico (pasó de dos millones y medio en 1997, a cerca de siete millones en 2007 y a más de ocho millones en 2017)³⁸, y, seguramente de forma recíproca (causa y efecto), también un incremento de la descentralización productiva o subcontratación de empresas³⁹.

Pero, como se indicó, la vinculación de la temporalidad de la contratación laboral a las contrata temporales entre empresas, cuando tales contrata constituyen el modo ordinario, habitual y permanente de desarrollo de su actividad, encontró su final, primero con la citada doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y después con el Real Decreto-ley 32/2021. Y en esta norma, no solo por la repetida supresión del contrato por obra o servicio determinados, sino también, como se verá, por la prohibición de la celebración del nuevo contrato de duración determinada por circunstancias de la producción para la ejecución de contrata habituales u

33 *Anuarios estadísticos del Ministerio de Trabajo y Economía Social*.

34 El arrendamiento civil de obra o servicio constituye, asimismo, el germen del propio contrato de trabajo, con carácter general, como género y especie. STS de 9 de diciembre de 2004 (rec. 5319/2003), reiterada en ese sentido, entre otras muchas, por las de 19 de junio de 2007 (rec. 4883/2005), 22 de julio de 2008 (rec. 3334/2007), 11 de mayo de 2009 (rec. 3704/2007) y 10 de abril de 2018 (rec. 179/2016).

35 Real Decreto-ley de 23 de agosto de 1926, por el que se aprueba el Código de Trabajo (arts. 1 y 11), Ley de 21 de noviembre de 1931, de contrato de trabajo (arts. 1 y 21), Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del libro I de la Ley de contrato de trabajo (arts. 1 y 27), Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (art. 15.1.a), y Estatutos de los Trabajadores de 1980, 1995 y 2015 (art. 15.1.a).

36 SSTS de 19 de julio de 2018 (rec. 823/2017), 5 de marzo de 2019 (rec. 1128/2017), 16 de enero de 2020 (rec. 2122/2018) y 3 de febrero de 2021 (rec. 4031/2018).

37 SSTS de 29 de diciembre de 2020 (rec. 240/2018) y 2 de febrero de 2021 (rec. 3379/2018).

38 *Anuarios estadísticos del Ministerio de Trabajo y Economía Social*.

39 VICENTE PALACIO, A., «La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contrata», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n.º 2, 2022, p. 83.

ordinarias de la empresa, y la reconfiguración del contrato fijo discontinuo para dar también respuesta y cobertura a tales situaciones reiteradas y habituales de trabajo externalizado. Sin perjuicio de la posible utilización de la nueva modalidad de contrato por circunstancias de la producción por situaciones ocasionales y previsibles de duración reducida y delimitada para dar cobertura a obras o servicios de escasa duración y no habituales ni reiterados.

En cualquier caso, la radical supresión del contrato por obras o servicios determinados ha provocado la adopción de algunas soluciones legales forzadas o de urgencia en determinados ámbitos en los que el mismo se encontraba especialmente consolidado, como el contrato indefinido adscrito a obra en construcción, el contrato laboral artístico de duración determinada, el contrato de actividades científico-técnicas, o los antes mencionados contratos de duración determinada en el sector público vinculados a programas financiados con fondos europeos, y los contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral en el sector público o en entidades no lucrativas⁴⁰.

El contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción, reconfigurado por el Real-Decreto-ley 32/2021, es heredero del tradicional contrato fijo de obra previsto en la vieja Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica⁴¹, mantenido en los sucesivos Convenios colectivos generales de la construcción⁴², y dotado de cierta cobertura legal con la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción (DA 3.^a y DA 3.^a ET)⁴³. Pese a su denominación, no son fijos, sino temporales (con una duración máxima de tres años, ampliables para la finalización de la última obra iniciada tras ese plazo), ni de obra, sino más bien de obras (de distintos centros de trabajo de una misma provincia)⁴⁴.

Las novedades más relevantes que sufre con la reforma de 2021 se refieren a la obligación empresarial de hacer una propuesta de recolocación a la finalización de la obra a la que está adscrito el trabajador fijo de obra, con una delimitación específica de lo que se entiende legalmente como finalización de la obra a estos efectos⁴⁵. Y, especialmente, a un nuevo tipo de extinción del contrato, tras la propuesta de colocación, por «por motivos inherentes» al trabajador, también delimitados legalmente⁴⁶, que, en virtud de dicha calificación, ciertamente cuestionable a la luz de la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos⁴⁷, se excluirían de cómputo a efectos de despido colectivo (art. 51.1 ET)⁴⁸, y que genera el derecho a una indemnización del

40 AGUILERA IZQUIERDO, R., «Contratos de obra o servicio determinado» en VV. AA. (edit. Joaquín GARCÍA MURCIA), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, 2022, pp. 222 y ss.

41 Orden de 28 de agosto de 1970.

42 El último y vigente, el VI, se publica en el BOE de 26 de septiembre de 2017, y ha sido modificado en tres ocasiones, fundamentalmente para adaptarse, precisamente, a las modificaciones operadas por el RD-ley 32/2021 en materia de contratación laboral (BBOOE de 6 de mayo de 2022, 17 de mayo de 2022 y 5 de agosto de 2022).

43 Sobre sus antecedentes, CALVO GALLEGO, F. J. y ASQUERINO LAMPARERO, M. J., «Del contrato fijo de obra a la relación indefinida adscrita a obra y su extinción por razones formalmente inherentes a la persona del trabajador», *Temas Laborales*, n.º 161, 2022, pp. 184 y ss.

44 Este anómalo contrato fue cuestionado, a la luz de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, por la STJUE de 24 de junio de 2021 (C-550/19).

45 «La terminación real, verificable y efectiva de los trabajos desarrollados», «la disminución real del volumen de obra por la realización paulatina de las correspondientes unidades de ejecución debidamente acreditada», o «La paralización, definitiva o temporal, de entidad suficiente, de una obra, por causa imprevisible para la empresa y ajena a su voluntad»

46 Entre dichos «motivos inherentes» al trabajador se encuentra la inadecuación de su cualificación a las obras nuevas de la empresa en la misma provincia, el exceso de personal en dichas obras, o la inexistencia en la empresa de obras acordes a la cualificación, nivel, función y grupo, en la provincia, así como el rechazo del trabajador a la propuesta de recolocación a la finalización de la obra a la que está adscrito.

47 Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

48 FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «El contrato indefinido para obras de construcción», en VV. AA. (edit. Joaquín GARCÍA MURCIA), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, 2022, p. 252; CABEZA PEREIRO, J., «contratos por circunstancias de la producción y por sustitución y reglas generales de contratación temporal: la hora del análisis», *Revista de Derecho Social*, n.º 98, 2022, pp. 40 y 41, y CALVO GALLEGO, F. J. y ASQUERINO LAMPARERO, M. J., «Del contrato fijo de obra a la relación indefinida adscrita a obra y su extinción por razones formalmente inherentes a la persona del trabajador», *Temas Laborales*, n.º 161, 2022, pp. 214 y ss.

siete por ciento del salario devengado durante toda la vigencia del contrato, algo superior, por tanto, que la derivada del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, de veinte días de salario por año de servicio (art. 53.1.b) ET)⁴⁹.

Fuera del texto del Real-Decreto-ley 32/2021, pero en su contexto, el Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, modifica el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, para, entre otras cosas, y aparte de ampliar su ámbito de aplicación al personal técnico o auxiliar, mantener en ese ámbito las posibilidades tradicionales de contratación temporal: «para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel, o por el tiempo que duren las distintas fases de la producción», con una nueva denominación de «contrato laboral artístico de duración determinada», aunque elevando la cuantía de las indemnizaciones por finalización del contrato, para equipararlas a las de los contratos temporales comunes, cuando su duración no supera los dieciocho meses, o a la del despido objetivo, cuando superen dicho período⁵⁰.

Igualmente, en el ámbito de la investigación, el Real Decreto-ley 8/2022, de 5 de abril, modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, para crear un nuevo «Contrato de actividades científico-técnicas» de carácter indefinido, destinado a sustituir los tradicionales y habituales contratos por obra o servicio vinculados a proyectos y financiación externa, mediante su ambigua y genérica focalización sobre «líneas de investigación o de servicios científico-técnicos», incluida la gestión, y «ejes temáticos», y con sistemas de contratación y retribución más flexibles, ajenos a la Oferta de Empleo Público y a los límites generales de la masa salarial⁵¹.

Por último, en el ámbito del sector público, la reapertura de una contratación temporal análoga al desaparecido contrato por obra o servicio determinados cobra carta de naturaleza y una gran extensión potencial, dado el alcance genérico de la habilitación legal de dicha posibilidad: «para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia» y «para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea», «por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos» (DA 5.ª RD-ley 32/2021), y las numerosas actuaciones vinculadas a dicho Plan o financiadas con fondos europeos, susceptibles de dar cobertura a la contratación de personal laboral temporal en las Administraciones Públicas. Amplitud cuestionable en el contexto de la severa restricción de la contratación temporal, no solo en el sector privado, por obra del mismo y repetido Real Decreto-ley 32/2021, sino también en el propio el sector público, por obra de la coetánea Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, y su precedente, el Real Decreto-ley 14/2021, de 8 de julio, del mismo nombre, a la vista de las elevadas tasas de temporalidad en este ámbito⁵². Amén de que ello pueda implicar el retorno a la subvención como posible causa de temporalidad en la contratación laboral, desterrada, o al menos constreñida, con la inclusión de la letra e) en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, con la reforma legal de 2001, y su reorientación (su pérdida) como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo⁵³.

Por lo demás, esta amplia flexibilización de la contratación temporal en el sector público se estira aún más con la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, cuyo artículo 34, bajo el epígrafe de: «Contratación de personal laboral con cargo a los créditos de inversiones», también permite las «contrataciones de personal de carác-

49 ARAGÓN GÓMEZ, C., «Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos», *Labos*, vol. 3, n.º extraordinario sobre la reforma laboral de 2021, 2022, p. 47.

50 ALZAGA RUIZ, I., «Contratos de trabajo para actividades artísticas», en VV. AA. (edit. Joaquín GARCÍA MURCIA), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, 2022, pp. 259 y ss.

51 DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C., «Contratos de trabajo para actividades científico-técnicas», en VV. AA. (edit. Joaquín GARCÍA MURCIA), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, 2022, pp. 274 y 275.

52 BOTO ÁLVAREZ, A., «La contratación temporal en el sector público», en VV. AA. (edit. Joaquín GARCÍA MURCIA), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, 2022, pp. 347 y ss.

53 SSTs de 18 de diciembre de 1998 (rec. 1767/1998), 19 de febrero de 2002 (rec. 1151/2001), 21 de marzo de 2002 (rec. 1701/2001), 22 de marzo de 2002 (rec. 1701/2001), 10 de abril de 2002 (rec. 2806/2001), 25 de noviembre de 2002 (rec. 1038/02) y 31 de mayo de 2004 (rec. 3882/2003).

ter temporal para la realización de obras o servicios» para «la ejecución de obras por administración directa y con aplicación de la legislación de contratos del Estado, o la realización de servicios que tengan la naturaleza de inversiones», «previstas y aprobadas en los Presupuestos Generales del Estado», en el ámbito de la Administración General del Estado⁵⁴.

En fin, menores críticas merece, sin embargo, el mantenimiento de la contratación temporal para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral en el sector público o en entidades no lucrativas (DF 2.ª RD-ley 32/2021), más específica y seguramente justificada en su finalidad de inserción y fomento del empleo, con una duración máxima de doce meses, y más coherente con su continuidad en la también reciente reestructuración de los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo por obra del Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre. Aun cuando puedan superponerse con los casi omnicomprendidos instrumentos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia⁵⁵.

4. Los contratos de duración determinada por circunstancias de la producción

Pese a su enunciado legal aparentemente unitario, el contrato de duración determinada por circunstancias de la producción creado o reconfigurado por el Real Decreto-ley 32/2021 se prevé para, al menos, dos supuestos claramente diferenciados. Uno más general y de mayor duración, para dar respuesta al «incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no respondan a los supuestos» cíclicos propios del contrato fijo discontinuo, con una vigencia máxima de seis meses, ampliable a un año por convenio colectivo sectorial, y susceptible de una sola prórroga por mutuo acuerdo si se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencional y dentro de tales límites. Y otro más específico o especial y de menor duración, para dar cobertura a «situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada», con un período de referencia y de vigencia contractual de un máximo de noventa días no continuados al año. Se contemplan, pues, dos submodalidades de contrato de duración determinada por circunstancias de la producción, diferenciados no solo por su duración máxima legal, sino, especialmente, por su causa y objeto, aun en ambos casos ocasionales: incrementos imprevisibles y no cíclicos de la actividad, o situaciones previsibles de corta duración.

No es claro que en la nueva regulación y en ambos supuestos el contrato sea a término o plazo cierto, como el precedente contrato eventual por circunstancias de la producción, o incierto, como el desaparecido contrato por obra o servicio determinados. El primer supuesto parece conformarse como contrato a término o plazo cierto, como podría desprenderse de la falta de identidad sustantiva de su objeto (incrementos u oscilaciones de la actividad), así como de la regulación de su vigencia, y, especialmente, de la posibilidad de prórroga. Pero el segundo podría configurarse también como contrato a término incierto, como puede deducirse del alcance más sustantivo de la denominación de su objeto («situaciones»)⁵⁶, y de la falta de previsión legal de la posibilidad de prórroga.

El primer supuesto del contrato por circunstancias de la producción, referido a incrementos imprevisibles y no cíclicos de la actividad, concuerda nominal y sustancialmente con el tradicional contrato eventual por circunstancias de la producción, aunque pierde tres elementos de su precedente. En primer lugar, el calificativo de «eventual», que se sustituye por el casi sinónimo y no menos genérico de «ocasional e imprevisible». En segundo lugar, la anterior especificación de su objeto: «circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de

54 MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2022, p. 588.

55 Véase, en este sentido, el Real Decreto 938/2021, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en el ámbito de la inclusión social, por un importe de 109.787.404 euros, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

56 Sustantivo: «Que tiene existencia real, independiente, individual» (RAE).

pedidos», perfectamente subsumibles, no obstante, en el más abierto «incremento ocasional e imprevisible de la actividad» de la nueva tipificación legal. En tercer lugar, el período de referencia, posiblemente innecesario y desbordado⁵⁷, que se subsume en la vigencia del contrato, cuya causa y objeto se superponen temporalmente de forma autorreferencial.

Sin embargo, la comprensión de este supuesto general y continuista del contrato por circunstancias de la producción, para la cobertura de incrementos imprevisibles y no cíclicos de la actividad, se ve distorsionada por un nuevo elemento: las oscilaciones de la actividad, entre las que se incluyen, expresamente, las vacaciones. No es fácil, a este respecto, coonestar la ocasionalidad, contingente, imprevisible y no cíclica, con los vaivenes pendulares propios de las oscilaciones, o con las necesarias y anuales vacaciones, en ambos casos, cabalmente, reiterativas y previsibles. Más aún, pudiendo encajarse con cierta naturalidad tales oscilaciones e incluso las vacaciones, en el contrato fijo discontinuo, o este período de descanso anual, en el contrato de sustitución. Especialmente tras la propia reforma laboral, y de manera más coherente con su objetivo de reforzar la estabilidad en el empleo.

En este sentido, el Real Decreto-ley 32/2021 flexibiliza o amplía el ámbito de aplicación del contrato fijo discontinuo (art. 16 ET), para incluir, junto con los tradicionales ciclos de actividad ciertos, regulares (periódicos o determinados, en la anterior y en la nueva expresión legal) o irregulares (de repetición en fechas inciertas o indeterminados, en la anterior y en la nueva expresión legal), los simplemente probables o previsibles, para dar cobertura a la ejecución de contrataciones que «formen parte de la actividad ordinaria de la empresa» (o incluso a sucesivas puestas a disposición de trabajadores por parte de empresas de trabajo temporal), a la vista de la limitación legal de la contratación temporal con ese objeto. Y la cíclica reiteración de la necesidad de trabajo, cierta o imprevisible, podría predicarse igualmente de las novedosas oscilaciones de la actividad, así como de las vacaciones⁵⁸. Seguramente, a este respecto, la expresa restricción de la primera y continuista modalidad del contrato por circunstancias de la producción en relación con la ejecución de trabajos cíclicos, propios del contrato fijo discontinuo, pueda limitar, no obstante, su celebración en numerosos supuestos de oscilaciones o cobertura de vacantes por vacaciones que resulten claramente reiterativos, y, en su caso, de prolongada duración.

En relación con las vacaciones, por lo demás, siguiendo una ambigua, matizada y cuestionable doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁵⁹, la reforma prevé y permite expresamente la contratación por circunstancias de la producción para la sustitución de trabajadores durante tales períodos de descanso anual, en lugar del naturalmente más idóneo contrato de sustitución, vedado al efecto, es cierto, por el propio Tribunal, al restringir este para las sustituciones no previsibles y/o no reiterativas⁶⁰. Pero al igual que se admiten las eventualidades previsibles y, en su caso, reiterativas, como causas del nuevo contrato por circunstancias de la producción, en su segunda y novedosa modalidad, podría haberse revisado el ámbito del contrato de sustitución para dar cobertura más específica a las ausencias de personal derivadas del disfrute de las vacaciones anuales.

En este mismo marco del contrato de sustitución, también distorsiona en alguna medida el objeto del nuevo contrato por circunstancias de la producción, la expresa previsión de su consecuencia en el «desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere», que parece abarcar no solo los incrementos ocasionales de la actividad propios de este contrato, sino también los déficits de plantilla, más propios del contrato de sustitución o interinidad. De

57 En la anterior regulación se permitía que por convenio colectivo sectorial se modificase la duración máxima y el período de referencia del contrato eventual por circunstancias de la producción, «en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias» se podían producir. Con base en esta posibilidad y de manera generalizada, los convenios venían ampliando ambos plazos legales, pese a que, en puridad, la estacionalidad de la actividad pudiera aconsejar o justificar una reducción de los mismos, dado que tal estacionalidad es, con carácter general, inferior al período anual.

58 SSTS de 9 de febrero de 2022 (rec. 4892/2018), 19 de abril de 2022 (rec. 3562/2019) y 8 de junio de 2022 (rec. 1328/2019).

59 SSTS de 12 de junio de 2012 (rec. 3375/2011), 26 de marzo de 2013 (rec. 1415/2012) o 10 de noviembre de 2020 (rec. 2323/2018).

60 SSTS de 30 de octubre de 2019 (rec. 1070/2017) y 19 de enero de 2022 (rec. 3873/2018).

este modo parece reforzarse la virtualidad de esta modalidad contractual para la cobertura de las vacaciones y, por qué no, y más claramente, de otras interrupciones del contrato de trabajo, como los permisos, menos o nada previsibles y cíclicos⁶¹.

El segundo supuesto, especial y más novedoso, del contrato por circunstancias de la producción, tiene por objeto la cobertura de «situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada», que se produzcan durante no más de noventa días anuales no continuados, y planificados la anualidad anterior⁶².

En este caso, se superpone un período de referencia planificado por la empresa, en el que se preverá la posibilidad de concurrencia de tales situaciones ocasionales que impliquen una necesidad adicional y temporal de trabajo, y la duración de los contratos que se celebren al efecto, ambos con un máximo de noventa días no continuados, «independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato».

La previsibilidad y la planificación anual de estas situaciones distorsiona, de nuevo, la delimitación del contrato de duración determinada por circunstancias de la producción, y, especialmente, en relación con el contrato fijo discontinuo⁶³. Aunque quizá sea posible, no es fácil conciliar tales atributos para situaciones que no se repitan cada año, y de resultar repetitivas o cíclicas, su cobertura debería articularse a través del contrato fijo discontinuo (art. 16.1 ET). A este respecto, posiblemente este novedoso y especial supuesto de contrato por circunstancias de la producción, de menor duración, constituya una excepción, pues la exclusión expresa de esta modalidad contractual para trabajos fijos discontinuos parece circunscribirse legal y literalmente al primer y continuista supuesto, de mayor duración. De este modo, puede dar respuesta a necesidades temporales de trabajo de corta duración, aun reiterativas, en su caso, de mayor incertidumbre en su producción o repetición, en las que, en la práctica, ya venía siendo corriente la celebración de contratos eventuales. Como, paradigmáticamente, ciertas campañas especiales de ventas en determinados comercios (rebajas, días de la madre o del padre, San Valentín, *Black Friday*...), o algunos eventos concentrados temporalmente en la actividad hostelera (comidas o cenas navideñas, primeras comuniones, bodas...)⁶⁴. Y seguramente también a períodos vacacionales, cuando se planifiquen y concentren en períodos determinados.

Cabe sugerir, por lo demás, respecto de su previsión o planificación anual, que deberá realizarse con independencia de que la empresa tenga representación de los trabajadores, pese a que el mandato legal vincule la misma a la obligación empresarial de información a tales representantes. En caso de ausencia de estos, posiblemente resulte exigible, y también suficiente, el traslado de la correspondiente previsión a los trabajadores, o su publicación, en su caso con el calendario laboral (art. 34.6 ET). También, que tal previsión no deba ser única para toda la empresa, pudiendo diversificarse por centros de trabajo, unidades funcionales, etc., siempre que esté justificado y no se pretenda eludir con ello las limitaciones legales, especialmente las temporales⁶⁵. Y, en fin, que la previsión y planificación pueda hacerse igualmente, o al menos enmarcarse, en la negociación colectiva, pese a que en la regulación del nuevo contrato por circunstancias de la producción se suprime la expresa remisión anterior a los convenios colectivos para la determinación de «las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales» o para la fijación de «criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa».

61 STS de 10 de julio de 2013 (rec. 1991/2012).

62 «Las empresas, en el último trimestre de cada año, deberán trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras una previsión anual de uso de estos contratos».

63 CABEZA PEREIRO, J., «contratos por circunstancias de la producción y por sustitución y reglas generales de contratación temporal: la hora del análisis», *Revista de Derecho Social*, n.º 98, 2022, p. 47.

64 BALLESTER PASTOR, M. A., La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica, *Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Madrid, 2022, pp. 69 y 70; BALLESTER PASTOR, I., «La reformulación de los contratos temporales causales: avances, inercias y nuevos peligros», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n.º 2, 2022, p. 120, y MORENO VIDA, M. N., «El contrato temporal por razones productivas», *Temas Laborales*, n.º 161, 2022, pp. 122 y ss.

65 GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., «Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021», *Labos*, vol. 3, n.º extraordinario sobre la reforma laboral de 2021, 2022, pp. 26 y 27.

La última regla delimitadora, negativamente, del contrato por circunstancias de la producción, excluye como «causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores». Como se dijo, esta limitación proyecta sobre el nuevo contrato por circunstancias de la producción la doctrina del Tribunal Supremo que excluía igualmente la ejecución de contrata habituales y ordinarias como objeto del desaparecido contrato por obra o servicio determinados; acomodándose esta necesidad de trabajo descentralizado, también en la reforma legal, en el novedoso ciclo probable o previsible del contrato fijo discontinuo. Sin embargo, se mantiene la posibilidad de vincular el contrato por circunstancias de la producción a la ejecución de contrata entre empresas, cuando concurren dichas circunstancias⁶⁶, lo que, hipotéticamente, podrá producirse en casos de contrata que no constituyan la actividad habitual y ordinaria de la empresa auxiliar, o cuando, tratándose de contrata habituales y ordinarias, se superpongan sobre ellas circunstancias de la producción⁶⁷.

5. Los contratos de sustitución o interinidad

La segunda modalidad de contrato de duración determinada permitida por el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-ley 32/2021, es el contrato de sustitución, también afectado por esta reforma legal, aunque en mucha menor medida. A semejanza con el contrato por circunstancias de la producción, pero con mayor arraigo, no exento, sin embargo, de particulares vicisitudes jurisprudenciales y normativas, el contrato de sustitución, o interinidad, responde también a una posible doble causa: «la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo», o «la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva». Quizá triple, al preverse igualmente «para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo», en una suerte de contrato a tiempo parcial causal.

A este respecto, la primera novedad destacable de su reforma legal, y también cuestionable, es el aparente cambio de nombre. En lugar de la tradicional doble denominación, como contrato de interinidad o sustitución, la nueva redacción del citado precepto opta por esta última, frente a la de interinidad, adoptada en su Reglamento de desarrollo, aún vigente (art. 4 RD 2720/1998⁶⁸). A la vista de los recién transcritos supuestos específicos que permiten la celebración de esta modalidad contractual, resulta más adecuada la denominación de contrato de sustitución o contrato de interinidad, en uno u otro supuesto, o, alternativamente: interinidad por sustitución o interinidad por vacante. Pero no la de genérico contrato de sustitución, al no darse tal circunstancia en el segundo de los supuestos.

Mejor técnica legislativa debe reconocerse, sin embargo, al hecho de que, por fin, se proporcione cobertura legal directa a los supuestos de interinidad por vacante, y de sustitución a tiempo parcial en casos de reducción de jornada. Hasta ahora previstos en la norma reglamentaria de desarrollo (el RD 2720/1998), pero no en la norma legal desarrollada (el Estatuto de los Trabajadores); lo que, por cierto, fue objeto de cuestionamiento ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, aunque sin éxito⁶⁹.

66 Esta posibilidad se prevé expresamente en el artículo 12.2 del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad para el periodo 2023-2026 (BOE de 14 de diciembre de 2022), en relación con “encargos efectuados a las empresas por sus clientes, que no estuvieran previstos en el momento de la formalización del correspondiente contrato mercantil o administrativo, tengan una duración inferior a 12 meses y no sean de carácter periódico”, y con “encargos extraordinarios de carácter no periódico, tales como los realizados para ferias, concursos, exposiciones, eventos o situaciones y servicios de analogía naturaleza”.

67 GORELLI HERNÁNDEZ, J., «El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la reforma de 2021», *Temas Laborales*, n.º 161, 2022, pp. 228 y 229.

68 Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

69 SSTS (Cont.-Adm.) de 9 de diciembre de 1998 (rec. 140/1995), 19 de junio de 2000 (rec. 76/1999) y 25 de junio de 2001 (rec. 97/1999).

Cabe recordar que la admisión del contrato de interinidad por vacante había nacido de la flexibilización jurisprudencial del contrato de sustitución en el sector público, ante una necesidad de trabajo temporal típica de este ámbito, derivada de la mayor complejidad y duración de sus procesos de selección de personal y cobertura de puestos y plazas, abiertos y de libre concurrencia, y sometidos, al menos en el caso del personal funcionario o laboral fijo, a sistemas de oposición, concurso-oposición, o concurso de méritos⁷⁰. Y que encontró su acomodo normativo en la reforma laboral de 1994, aunque por una vía un tanto peculiar, indirecta y secundaria, puesto que se produjo sin una específica y suficiente cobertura legal. Primero en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para la contratación indirecta de puesta a disposición (art. 6), y después en el Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, por el que se desarrolla(ba) el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación (art. 4). Incluso perdió su expresa cobertura legal con la Ley 29/1999, de 16 de julio, que modificó la Ley de empresas de trabajo temporal y suprimió el listado de supuestos de lícita concertación de contratos de puesta a disposición, entre los que se encontraba la interinidad por vacante, para remitirse en bloque a los supuestos del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, en cuya enumeración de contratos temporales se encontraba la sustitución pero no la interinidad por vacante en procesos de selección o promoción del personal, hasta la reforma de 2021. Manteniéndose, no obstante, su expresa previsión en el todavía vigente Real Decreto 2720/1998, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, como se dijo, y, tras el Real Decreto-ley 32/2021, por fin, en el Estatuto de los Trabajadores.

En su nueva regulación legal, esta submodalidad del contrato de sustitución por interinidad por vacante en procesos de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo, precisa este carácter, de fijo, para el puesto vacante objeto de cobertura definitiva, no explicitado en la regulación reglamentaria preexistente, y mantiene su duración máxima de tres meses, aunque con la expresa previsión de su posible reducción por convenio colectivo. No contempla, sin embargo, una duración diferenciada para el sector público, como sí hace el artículo 4.2.b) del aún vigente Real Decreto 2720/1998, condicionándola al «tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica». No parece, sin embargo, que esta omisión legal suponga la inaplicación de la norma reglamentaria, afectada, por lo demás, por una cambiante jurisprudencia, posiblemente cerrada en el plazo máximo de tres años establecido en el artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público para la ejecución de las ofertas de empleo público, con independencia de la diligencia o negligencia de la Administración en dicha ejecución⁷¹.

A este respecto, merece la pena mencionar algunos otros posibles desajustes o disfunciones de la regulación laboral del contrato de sustitución por interinidad en su aplicación en el sector público, particularmente en contraste con la paralela y comparable regulación de los funcionarios interinos, afectados conjuntamente por algunas normas recientes en materia de estabilización del empleo público temporal en las Administraciones, antes citadas (RD-ley 14/2021 y Ley 20/2021)⁷², y tratados indistintamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en aplicación de la también referida Directiva 1999/70/CE, sobre el trabajo de duración determinada⁷³.

En este sentido, podría cuestionarse, en primer lugar, la aplicación automática del indicado plazo máximo de duración de tres años cuando el concurso para la cobertura de la plaza ocupada interinamente ya se encuentre convocado, supuesto en el que, en el caso de los funcionarios interinos, quizá podría ampliarse dicha duración hasta la finalización de dicho concurso (art. 10.4 EBEP). En segundo lugar, también puede ser cuestionable la prohibición de celebración de «un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima» (arts. 15.3 ET y 4.2.b) RD 2720/1998), teniendo en cuenta que en el caso de los funcionarios interinos se permite un nuevo nombramiento cuando el concurso para la cobertura definitiva de la plaza queda desierto (10.4 EBEP).

70 SSTS de 22 de octubre de 1987 (RJ 1987\7181) y 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988\7112).

71 STJUE de 3 de junio de 2021 (C-726/19) y STS de 22 de junio de 2021 (rec. 3263/2019).

72 NAVARRO NIETO, F., «El contrato temporal de sustitución», *Temas Laborales*, n.º 161, 2022, pp. 145 y ss.

73 STJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-444/09 y C-456/09) y ATJUE de 21 de septiembre de 2016 (C-631/15).

En fin, la continuidad en la excepción indemnizatoria por finalización de los contratos de sustitución e interinidad (art. 49.1.c) ET), reprobable con carácter general⁷⁴, y especialmente, tras una norma protectora como el Real Decreto-ley 32/2021, también es objeto de un tratamiento parcialmente diferenciado para el personal laboral interino en el sector público, aunque con un régimen discordante, y potencialmente controvertido, respecto de las indemnizaciones por extinciones del contrato de trabajo en el ámbito privado. Así, se prevén específicamente para los supuestos de incumplimiento de los plazos máximos de permanencia (DA 17.ª EBEP), se cuantifican sobre veinte días de salario por año de servicio, aunque computando solo el salario fijo y el tiempo de vigencia del contrato causante del exceso, se consideran compensables o no acumulables con otras indemnizaciones que pudieran generarse a la extinción contractual, y no se devengan en caso de extinción del contrato por renuncia o despido disciplinario. Mientras que, en el ámbito privado, el incumplimiento del plazo máximo de duración del contrato podría conllevar la conversión del contrato en indefinido (art. 15.4 ET), y, en consecuencia, la de su extinción en despido improcedente, con la correspondiente superior indemnización; el salario de cómputo sería en su totalidad, y el período de cálculo, toda la relación de trabajo en la que no se haya roto la «unidad esencial del vínculo»⁷⁵.

En cuanto a las submodalidades del contrato de sustitución, en sentido más propio, la novedad más reseñable es la previsión sobre la posibilidad de inicio del contrato antes de la ausencia del trabajador sustituido, «coincidiendo en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días». En una suerte de breve y potencialmente útil período de entrenamiento, transición y transmisión de conocimientos, competencias y destrezas, que facilite una más rápida y eficiente sustitución⁷⁶.

Por su parte, respecto del contrato por sustitución parcial, ya previsto en el Real Decreto 2720/1998 para la cobertura interina de puestos vacantes a jornada parcial, y para sustituir a trabajadores contratados a tiempo parcial, o para complementar reducciones de jornada previstas «legal o convencionalmente», el nuevo artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores matiza estos supuestos de reducción de jornada susceptibles de sustitución parcial «cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo», con una más clara, y quizá cuestionable, exclusión de posibles reducciones de jornada pactadas individualmente⁷⁷.

Por lo demás, esta posible rigidez y causalización del contrato a tiempo parcial en casos de sustitución o interinidad puede resultar incoherente y disfuncional. Especialmente teniendo en cuenta que, con carácter general, la empresa no está obligada a la sustitución de sus trabajadores, y que también puede hacerlo de manera articulada con una movilidad funcional, de modo que no coincidan las funciones desempeñadas por el trabajador sustituido con las del sustituto (art. 4.2.a) RD 2720/1998)⁷⁸.

6. Los contratos fijos discontinuos

El trabajo fijo discontinuo, conocido tradicionalmente como de campaña, estacional o de temporada, y caracterizado por la alternancia causal y anual de períodos de actividad e inactividad, ha ocupado en el sistema de contratación laboral una posición fronteriza, entre la vigencia

74 SSTS de 13 de marzo de 2019 (rec. 3970/2016), 10 de mayo de 2019 (rec. 16/2018), 23 de mayo de 2019 (rec. 1939/2018), 28 de mayo de 2019 (rec. 2089/2018) y 13 de junio de 2019 (rec. 1084/2018).

75 SSTS de 3 de abril de 2012 (rec. 956/2011) y 9 de diciembre de 2020 (rec. 3954/2018).

76 El artículo 12.3 del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad para el periodo 2023-2026 (BOE de 14 de diciembre de 2022), también prevé la concurrencia y simultaneidad temporalmente limitada del trabajador sustituto y del sustituido con ocasión de la reincorporación de este a la finalización de la sustitución, en una suerte de readaptación, cabalmente útil en sustituciones prolongadas.

77 GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., «Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021», *Labos*, vol. 3, n.º extraordinario sobre la reforma laboral de 2021, 2022, p. 30.

78 Esta razonable posibilidad de combinación entre movilidad funcional y sustitución, no prevista en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, ni antes ni después del RD-ley 32/2021, se estableció con el RD 2546/1994 y se mantiene en el RD 2720/1998, aunque contó con algún precedente jurisprudencial (STS de 30 de abril de 1994, rec. 2446/1993).

del contrato y la duración de la jornada, según se considerase su discontinuidad como interrupción de la actividad o como jornada anual reducida. En la versión original del primer Estatuto de los Trabajadores de 1980 se enmarca en su artículo 15, relativo a la «Duración del contrato», como «trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo». En el texto inicial del Estatuto de los Trabajadores de 1995 se traslada a su artículo 12, sobre el «Contrato a tiempo parcial», aunque con dos subtipos: «trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa» y «trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas». Y en la primera versión del Estatuto de los Trabajadores de 2015 se independiza, aunque solo en parte, en su artículo 16, sobre el «Contrato fijo-discontinuo», en ese momento con tres submodalidades: una para «trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas», los más propios o puros, otra para «trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas», mixtos o fronterizos, a los que se aplicaba «la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido», y una tercera, impura o impropia, mantenida en el marco del contrato a tiempo parcial (art. 12), como «trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa». En síntesis y simplificación, pues en y entre cada versión del Estatuto de los Trabajadores se produjeron sucesivas reformas y vaivenes⁷⁹.

En este variable y complejo contexto evolutivo, el Real Decreto-ley 32/2021 suprime la referencia y la regla relativa a los trabajos fijos y periódicos del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, y dispone que «El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados» (art. 16.1 ET).

La formal supresión de los trabajos fijos y periódicos como subtipo del contrato fijo discontinuo no supone, sin embargo, su desaparición, sino más bien su confusión o dilución indiferenciada en la regulación del contrato a tiempo parcial, con una jornada completa de referencia y comparación anual, conformada, en la anterior regulación, por el «volumen normal de actividad de la empresa»⁸⁰. A este respecto, la completa segregación del trabajo fijo periódico respecto del fijo discontinuo, y su integración en el marco del trabajo a tiempo parcial, no se deriva de la periodicidad o regularidad de los ciclos de trabajo, y de la consecuente innecesariedad del llamamiento a cada reinicio de la actividad, posiblemente también predicable de los trabajos fijos discontinuos con períodos de ejecución determinados, sino más bien de la causalidad en la discontinuidad del trabajo, predicable de los contratos fijos discontinuos, pero no de los contratos a tiempo parcial⁸¹.

Aunque esta separación puede tener algunas relevantes consecuencias diferenciales en sus respectivos regímenes jurídicos. Particularmente en relación con la protección por desempleo, posiblemente excluida para los trabajadores fijos periódicos-a tiempo parcial. Por una parte, por la delimitación legal de la situación de desempleo «Durante los períodos de inactividad productiva de los trabajadores fijos-discontinuos» (art. 267.1.d) LGSS), entre los que ya no se encuentran aquellos. Por otra, por el carácter voluntario, al menos formalmente, del contrato y la jornada a tiempo parcial y, consecuentemente, de los tiempos de inactividad derivados, diferentes del involuntario desempleo estacional propio de los períodos de inactividad impuestos por la naturaleza del ciclo productivo de las actividades fijas discontinuas⁸².

79 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

80 GORELLI HERNÁNDEZ, J., «El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la reforma de 2021», *Temas Laborales*, n.º 161, 2022, pp. 221 y ss.

81 BALLESTER PASTOR, M. A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, p. 88.

82 CEINOS SUÁREZ, Á., «Trabajos fijos discontinuos», en VV. AA. (edit. Joaquín GARCÍA MURCIA), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, 2022, pp. 293 y 294; GOERLICH PESET, J. M., «Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías» *Labos*, vol. 3, n.º extraordinario sobre la reforma laboral de 2021, 2022, p. 63, y MARTÍNEZ BARROSO, M. R., «Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 251, 2022 (versión digital: BIB 2022\1136), p. 20.

Esta cuestionable diferencia en materia de protección por desempleo tuvo también un precedente durante uno de los antes referidos vaivenes normativos, entre las reformas de 2001 y 2006. La primera segregó igualmente el trabajo fijo periódico del fijo discontinuo, llevando el primero, aunque con mención específica, al régimen del trabajo a tiempo parcial, con la consecuente dudosa exclusión de la protección por desempleo durante los períodos de inactividad, y la segunda incluyó expresamente en la «situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos» a «los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, en los períodos de inactividad productiva», salvando la posible diferenciación y desprotección.

Pero en este momento, como se dijo, la situación legal de desempleo estacional o de campaña se refiere tan solo a «los períodos de inactividad productiva de los trabajadores fijos-discontinuos». Cabe esperar que, dada la difusa frontera entre el trabajo fijo periódico-a tiempo parcial y el fijo discontinuo-causal de ciclo regular, esta relevante diferencia en materia de protección social contribuya a una generalización del segundo frente al primero⁸³.

Respecto de otras reglas preexistentes y aplicables indistintamente a todos los trabajos fijos discontinuos, incluidos los fijos periódicos, como la liquidación de salarios al término de cada período de actividad (arts. 29.1 y 49.2 ET), o la posibilidad de compensar parte de los descansos no disfrutados en su momento en períodos de referencia de varios meses o en las vacaciones solo cuando puedan disfrutarse dentro de los períodos de actividad (art. 2.2 RD 1561/1995⁸⁴), posiblemente se mantengan para todos ellos, puesto que su razón de ser radica no tanto en el carácter causal de la discontinuidad del trabajo o en la incertidumbre en cuanto al momento de inicio del nuevo ciclo productivo y el correspondiente llamamiento, como en la normalmente prolongada interrupción de la actividad entre una y otra temporada, que puede producirse igualmente en el trabajo fijo periódico. No así, seguramente, la regulación diferenciada en materia de excesos de jornada: horas complementarias y horas extraordinarias, exclusivas o prohibidas, respectivamente, para el contrato a tiempo parcial (art. 12.4.c) ET).

En lo que se refiere a las otras dos modalidades precedentes del trabajo fijo discontinuo, de repetición en fechas inciertas (ciclos irregulares) o ciertas (ciclos regulares), ambas se incluyen en el nuevo artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores, aunque con una redacción diferente, antes trascrita. No parece, sin embargo, que el nuevo texto afecte a su delimitación, aunque sí es más explícito en su determinación causal: «trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o... que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados». Es decir, trabajos fijos discontinuos de naturaleza o por causa estacional o de temporada, y trabajos que, con independencia de su naturaleza o causa, se produzcan efectivamente de modo fijo discontinuo. De ciclo cierto, en todo caso en el sí, pero no necesariamente en el cuándo. Aunque no se distingue entre unos y otros a efectos de llamamiento, como se hacía en la regulación precedente, sin perjuicio de que posiblemente pueda omitirse cuando la reiteración de los períodos de actividad sea regular o determinada.

Junto a los referidos ciclos discontinuos ciertos, el Real Decreto-ley 32/2021 añade un nuevo supuesto, de ciclo probable o previsible y celebración potestativa, para los «trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de ejecución de contratos mercantiles o administrativos que, siendo previsible, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa», que se extiende igualmente a las empresas de trabajo temporal para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias⁸⁵. Como se dijo, de este modo se atenúa la supresión del contrato por obra o servicio determinados, utilizado desde hace años para la cobertura de contratos y subcontratos temporales, y

83 GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «El nuevo marco normativo del contrato a tiempo parcial», en VV. AA. (coord. Eduardo Rojo Torrecilla), *Las reformas laborales del nuevo milenio*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, p. 112.

84 Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

85 La posibilidad de celebrar contratos fijos discontinuos para la cesión de trabajadores por parte de empresas de trabajo temporal había sido vedada por la STS de 30 de julio de 2020 (rec. 3898/2017), aunque seguramente resulta más acorde con la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, como pone de relieve la STJUE de 14 de octubre de 2020 (asunto C-681/18). Sobre ambas, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «Trabajo fijo discontinuo y empresas de trabajo temporal», *Revista de Trabajo y Seguridad Social-Centro de Estudios Financieros*, n.º 454, 2021, pp. 146 y ss.

su consecuente reenvío a una contratación indefinida ordinaria, cabalmente de continuidad y permanencia más débil, que, no obstante, seguirá siendo posible como alternativa al, en este supuesto, potestativo contrato fijo discontinuo, constituyendo, en su caso, la finalización de la contrata, una causa extintiva o de despido de carácter económico, organizativo o productivo.

No obstante, teniendo en cuenta la conformación ordinariamente anual del período de referencia del trabajo fijo discontinuo, no es claro que este contrato pueda vincularse a contrata de vigencia superior al año, en absoluto infrecuentes, supuesto en el que quizá proceda la contratación indefinida ordinaria. Salvo que pueda entenderse que, en tales casos, los ciclos de actividad fija discontinua son supranuales, y que estos son admisibles en el contrato fijo discontinuo.

Por otra parte, parece que la reiteración del trabajo vinculado a la contrata, y la consecuente reanudación de la actividad, puede producirse tanto por una renovación de la contrata precedente entre las mismas empresas, como por una contrata diferente entre la empleadora de los trabajadores fijos discontinuos y una empresa distinta, al menos cuando concorra cierta homogeneidad entre los trabajos desarrollados en una y otra, sin perjuicio de las medidas legales o convencionales de movilidad o modificación de condiciones de trabajo que puedan adoptarse. En este sentido, la vinculación de un mismo contrato a contrata o puestas a disposición de empresas diferentes se prevé específicamente en el caso del contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción (DA 3.ª Ley 32/2006), y en el caso del contrato fijo discontinuo en empresas de trabajo temporal (art. 10 Ley 14/1994)⁸⁶.

Por lo demás, en el supuesto de que la nueva contrata se produzca sin solución de continuidad respecto de la anterior, no es claro si debe considerarse como una ampliación del período de actividad fija discontinua precedente, como un nuevo ciclo en dicho contrato, o como una conversión del contrato en indefinido ordinario. Al respecto, posiblemente haya que estar al objeto y sujetos de las contrata, su identidad o diferencia, así como a la vigencia del trabajo desarrollado en ellas.

Para el nuevo contrato fijo discontinuo de ciclo probable o previsible vinculado a contrata se contempla también una regulación específica de los períodos de inactividad, que «solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones»⁸⁷. Así, su duración máxima será la que se establezca en convenio colectivo sectorial y, en su defecto, tres meses, y a su término, la empresa adoptará las «medidas coyunturales o definitivas que procedan». Se entiende que estas serán, normalmente, de suspensión o despido colectivos (arts. 47 y 51 ET), lo que contrasta con la nueva solución, más flexible, dada en esta misma reforma legal al contrato indefinido adscrito a obra en la construcción y antes expuesta, evidentemente también relacionada con su vinculación o condicionamiento por las contrata o subcontratas.

Esta reconfiguración del contrato fijo discontinuo para la cobertura de contrata habituales puede generar alguna disfunción cuando se produzca una sucesión en la contrata por parte de otra empresa, o una reversión o retorno del servicio o de la actividad hacia la empresa principal, con efectos subrogatorios legales o convencionales. A falta de una respuesta normativa específica, particularmente en la negociación colectiva, incluida la desarrollada en cada proceso de sucesión, seguramente será la opción de cada trabajador la que determine su mantenimiento como fijo discontinuo en la empresa de origen o su continuidad en la contrata como trabajador de la empresa de destino.

En cuanto al nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo, la reforma de 2021 mantiene sustancialmente las reglas sobre formalización del contrato, con indicación de «los elementos esenciales de la actividad laboral, entre otros, la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento», que podrá hacerse conforme a lo establecido en convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa, y en todo caso

86 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., «Las empresas de trabajo temporal», en VV. AA. (edit. Joaquín GARCÍA MURCIA), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, 2022, pp. 309 y ss.

87 No es claro que la expresión legal, aparentemente exclusiva y excluyente («solo...»), impida, la consideración también como períodos de inactividad de aquellos derivados de la actividad contratada de que se trate, en caso de ser propia y directamente fija discontinua, estacional o de campaña.

«por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada»⁸⁸.

También se mantiene la necesaria previsión y justificación por convenio colectivo sectorial para el trabajo fijo discontinuo a tiempo parcial. Un límite a la doble precarización del empleo que, no obstante, puede resultar un tanto rígido en actividades objetiva y causalmente discontinuas y parciales, de manera superpuesta, como puede ocurrir, por ejemplo, en ciertos ámbitos turísticos y hosteleros de temporada, con intensificación o concentración de su actividad en determinadas horas del día o días de la semana⁸⁹.

Algunas novedades relevantes contienen, no obstante, las reglas sobre acciones por incumplimiento del llamamiento y sobre cómputo de antigüedad. La primera no se limita formalmente a la de despido, como con anterioridad, sino, más genéricamente, a «las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento»⁹⁰. Expresión seguramente más adecuada, dada la ambigua y no necesaria consideración de la falta de llamamiento como despido⁹¹. La segunda, no tan clara o segura, reconoce el «derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia». Esta regla y excepción seguramente permiten mantener la jurisprudencia precedente, que en materia de promoción y complementos salariales por antigüedad computaba el tiempo de contrato, como vinculación a la empresa y, en su caso, devengo y liquidación durante los períodos de actividad, y en materia de indemnizaciones o salarios de tramitación por despido computaba el tiempo de servicios, como daños tasados resarcibles por la pérdida de un empleo retribuido discontinuo⁹².

También resultan novedosas algunas previsiones protectoras y de mejora del estatus de los trabajadores fijos discontinuos, aun con cierta ambigüedad e intensidad menor. En primer lugar, la indemnidad, o el derecho a no «sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o los convenios colectivos». Se supone que como garantía del disfrute de tales derechos, con la consecuente ausencia o reducción temporal del trabajo por causa del trabajador durante períodos de actividad, y su no influencia en futuros llamamientos o en otros derechos generados por el trabajo.

88 La SAN de 5 de diciembre de 2022 (proc. 287/2022), considera suficiente un preaviso del llamamiento de 48 horas, y valida su notificación mediante *WhatsApp*. Aunque, sobre este último extremo, debe recordarse que la STS de 21 de septiembre de 2015 (rec. 259/2014), estimó que no se podía obligar al trabajador a proporcionar a la empresa sus datos de correo electrónico o teléfono móvil.

89 La posibilidad de celebrar contratos fijos discontinuos a tiempo parcial se prevé, por ejemplo, en el Acta por la que se modifica el VI Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE de 6 de mayo de 2022), en relación con los formadores; en el Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad para el periodo 2023-2026 (BOE de 14 de diciembre de 2022), en relación con «Acontecimientos deportivos o culturales que tienen lugar en una misma instalación de forma recurrente pero intermitente en el tiempo, cuya duración sea inferior a un año y superior a siete meses como, por ejemplo, contratación de servicios de seguridad privada por clubes deportivos los días de partido para las distintas competiciones de una temporada, o por los organizadores de conciertos en un auditorio musical», con la «Vigilancia y protección de los medios de transporte y sus infraestructuras en el ámbito aeroportuario y marítimo-portuario», u otros servicios análogos, aprobados por la comisión paritaria (art. 12.4); o en el Convenio colectivo del sector Hostelería y Similares del Principado de Asturias para 2023, 2024, 2025, 2026 y 2027 (BOPA de 21 de marzo de 2023), con carácter general (art. 12).

90 El llamamiento deberá producirse aunque el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal (STS de 20 de enero de 2022, rec. 2289/2019).

91 SSTS de 15 de enero de 2019 (rec. 3984/2016) y 20 de enero de 2022 (rec. 2289/2019).

92 SSTS de 2 de julio de 2013 (rec. 2597/2012), 30 de julio de 2020 (rec. 324/2018), 16 de febrero de 2021 (rec. 3372/2019), 29 de junio de 2021 (rec. 1449/2018), 27 de octubre de 2022 (rec. 3893/2019), 22 de diciembre de 2022 (rec. 3769/2019) y 12 de enero de 2023 (rec. 4209/2019), y ATJUE de 15 de octubre de 2019 (C-439/18 y C-472/18). También las SSTS de 9 de marzo de 2022 (rec. 427/2020) y 21 de febrero de 2023 (rec. 4476/2019), en relación con la determinación de los salarios de tramitación por despido y la exclusión de los períodos de inactividad en el trabajo fijo discontinuo. En este sentido, LÓPEZ BALAGUER, M., «El nuevo contrato fijo-discontinuo» *Lex Social*, vol. 13, n.º 1, 2023, p. 28.

En segundo lugar, la obligación empresarial de informar a los trabajadores de las vacantes fijas ordinarias, para su posible solicitud de conversión voluntaria, conforme a los procedimientos que se establezcan en la negociación colectiva. Es significativa la expresa referencia a la voluntariedad del cambio, coincidente con la exigida en el marco del contrato a tiempo parcial (art. 12.4.e) ET), como modalidades contractuales, ambas, de posible preferencia o efectiva opción libre para el trabajador, frente a su omisión en la regla de acceso a puestos permanentes desde un contrato temporal o formativo (art. 15.7 ET). Aunque puede no resultar del todo coherente con la naturaleza causal del trabajo fijo discontinuo.

En tercer lugar, la consideración de los trabajadores fijos discontinuos como «colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los periodos de inactividad».

Por último y en la misma línea que respecto de la contratación temporal, la reforma de 2021 también incrementa las remisiones a la negociación colectiva, cuya regulación resulta especialmente necesaria en los nuevos contratos de ciclo probable o previsible, y más incierto, vinculados a las contrataciones⁹³, y refuerza la participación de los representantes de los trabajadores en relación con los trabajos fijos discontinuos. Así, remite a la negociación colectiva sectorial el establecimiento períodos mínimos de llamamiento anual, de una «Cuantía» o indemnización por fin de llamamiento sin continuidad ni extinción, y de plazos máximos de inactividad entre contrataciones sucesivas objeto de contratos fijos discontinuos previsibles; la creación de bolsas de empleo sectorial en períodos de inactividad, para la contratación y formación, y de censos empresariales anuales de personal fijo-discontinuo, y la posibilidad de contratación fija discontinua a tiempo parcial, y a cualquier convenio colectivo, incluidos los acuerdos de empresa, en su defecto, los criterios objetivos y formales del llamamiento⁹⁴. E impone a las empresas la obligación de informar a la representación de los trabajadores sobre las altas que se produzcan; sobre las vacantes fijas ordinarias, para la posible solicitud de conversión voluntaria por parte de trabajadores fijos discontinuos, y, al inicio de cada año, sobre el calendario de previsiones de llamamiento anual o semestral.

93 Véase, por ejemplo, el XXIII Convenio colectivo de contrataciones ferroviarias (BOE de 28 de junio de 2022), el Acuerdo de modificación del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE de 5 de agosto de 2022), el Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad para el periodo 2023-2026 (BOE de 14 de diciembre de 2022), el Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería; oficinas de estudios técnicos; inspección, supervisión y control técnico y de calidad (BOE de 10 de marzo de 2023), el Convenio colectivo del sector Hostelería y Similares del Principado de Asturias para 2023, 2024, 2025, 2026 y 2027 (BOPA de 21 de marzo de 2023), o el Convenio colectivo de *Partnerwork Solution* (BOE de 23 de marzo de 2023).

94 En el caso de los contratos fijos discontinuos vinculados a sucesivas puestas a disposición de trabajadores por parte de empresas de trabajo temporal, las remisiones a la negociación colectiva se entienden hechas a la de estas especiales empresas, entre las que se incluye o reitera la posibilidad de «fijar una garantía de empleo para las personas contratadas bajo esta modalidad» (art. 10.3 Ley 14/1994). Véase, al respecto, la específica regulación contenida en el artículo 8 del I Convenio colectivo de *Randstad Empleo ETT* (BOE de 1 de julio de 2022), y en el artículo 15 del Convenio colectivo de *Adecco TT, SA, ETT* (BOE de 20 de enero de 2023).

III.

EL NUEVO CONTRATO FORMATIVO Y EL ESTATUTO DEL BECARIO: RETOS Y PROPUESTAS DE UNA REGULACIÓN INACABADA¹

Alba García Torres

*Profesora Contratada Doctora Interina
Universidad de Oviedo*

1. Modalidades de contrato formativo: contrato para la formación en alternancia y para la obtención de práctica profesional

La reforma laboral operada por el RD-Ley 32/2021 introduce cambios de calado en el régimen de los contratos formativos. La propia exposición de motivos de la norma, al explicar la reforma del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores señala que «supone un cambio de modelo, estableciéndose un contrato formativo con dos modalidades»: el contrato de formación en alternancia y para la obtención de la práctica profesional (art. 11 ET). Así, se establece que «el contrato formativo tendrá por objeto la formación en alternancia con el trabajo retribuido por cuenta ajena (...) o el desempeño de una actividad laboral destinada a adquirir una práctica profesional adecuada a los correspondientes niveles de estudios».

De la lectura del actual artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores se podría decir, que más que un nuevo sistema de contratos para la formación, lo que el legislador ha pretendido es poner en valor lo que debiera haber sido el eje central de esta modalidad contractual desde su concepción inicial, esto es, su dimensión formativa. Esta dimensión que se prioriza ahora por la nueva regulación define la propia causa de temporalidad de esta modalidad contractual².

Al delimitar y reglar de manera prolija el elemento formativo la norma trata de reducir la temporalidad en la contratación, y limitar los supuestos de abuso o fraude de ley en esta modalidad contractual, particularmente para fines de inserción profesional, o como sustitutivos de contratos temporales, en consonancia con la filosofía restrictiva de la contratación temporal que la reforma laboral mantiene en su conjunto³.

Además, incluye mejoras específicas de las condiciones de trabajo de las personas trabajadores en formación. Así, establece una reducción de las duraciones máximas de ambas modalidades contractuales, o la compresión del periodo de referencia de la titulación requerida para celebrar el contrato. También se ha procedido a la eliminación del periodo de prueba en el contrato en alternancia, y su simplificación y reducción a un mes en el de prácticas. A mayor

1 La presente investigación se enmarca en el Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación (plan nacional I+D+i) «Las transformaciones de la legislación laboral contemporánea y el nuevo estatuto del trabajo», Subproyecto: sector público, tercer sector, trabajo familiar, trabajo doméstico, trabajo informal, PID2020-118499GB-C33.

2 Vid. MERCADER UGINA, J. R. y MORENO SOLANA, A., «La última reforma de los contratos formativos: un nuevo intento para potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes», *Trabajo, persona, Derecho y mercado*, Monográfico, 2022, pp. 67 y 68.

3 Vid. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Seis tesis generales sobre la reforma de los contratos formativos de 2022», *Labos*, Vol. 3, n.º 1, pp. 185-186.

abundamiento, se ha introducido cambios en materia retributiva, aunque no de manera idéntica en ambas modalidades. La estrategia seguida por el legislador es la de situar al contrato en alternancia en un nivel inferior respecto de la modalidad en prácticas, permitiendo que el empresario establezca una imputación de costes de la formación mayor vía salario, lo que es coherente con la formación dispensada en uno y otro⁴.

Con la nueva regulación, los contratos formativos se configuran como estancias temporales de la persona trabajadora en un entorno de actividad, vinculada a unos estudios previos, y que en distintas fases de su proceso formativo (en curso o a su finalización) permiten adquirir un nivel técnico y de experiencia práctica. El objetivo final no es incentivar *per se* la inserción laboral de los jóvenes, sino que es un paso previo a aquella, ya que al favorecer su mejor formación y capacitación técnica-profesional, tanto de orden académico como profesional, sitúa a la persona trabajadora en mejor posición cara a su inserción en el mercado de trabajo⁵. De este modo, los contratos formativos no son un fin en sí mismos, sino un medio para alcanzar dicho fin de mejorar la ocupación laboral, y de calidad, de los jóvenes⁶.

Ambas modalidades mantienen el elemento común de estructurarse en torno a un componente formativo-práctico asociado a unos estudios que o bien se están cursando o bien ya se han completado, siendo por tanto dicho componente de naturaleza más académica (para una modalidad) o ya de orden más estrictamente profesional (para la otra). La idea de esta modalidad contractual es combinar —en ambos supuestos— la formación teórica en los centros formativos, con las prácticas y el desarrollo de actividad productiva en las empresas, garantizando ya desde la fase de formación educativa el desarrollo de una actividad laboral retribuida⁷. Esta actividad admite tres variantes de compatibilidad: la universitaria, la formación profesional en sentido estricto y la compatibilidad en el marco de programas públicos o probados de formación en alternancia de empleo formación, siempre que formen parte del Catálogo de especialidades formativas aprobadas por el SPEE⁸.

Las dos primeras fórmulas de compatibilidad se integran en el contexto de la educación reglada, ya sea universitaria o profesional, y la tercera fuera de ella (educación no reglada). El presupuesto necesario para su concertación es que la persona en cuestión carezca de la cualificación profesional reconocida por las titulaciones o certificados requeridos para concertar un contrato formativo para la obtención de práctica profesional, bien porque se encuentre en un proceso de adquisición —contrato de formación dentro del sistema educativo— bien porque carezca de ella. No obstante, esa exigencia clásica sobre la que siempre se ha construido el contrato formativo, se matiza ahora para permitir su uso por quienes «posean otra titulación siempre que no haya tenido otro contrato formativo previo en una formación del mismo nivel formativo o del mismo sector productivo».

Y en ambos contratos se desarrolla un trabajo cuyas tareas o funciones permiten adquirir práctica, o poner en práctica, un nivel formativo en ese momento ya obtenido. La práctica asociada a la formación es pues el elemento de definición de estos contratos que aparecen en última instancia como medios instrumentales para conseguir una mejor capacitación formativa y técnica de la persona trabajadora. A tal efecto, se insertan en el centro o al final de la formación proporcionada por el sistema educativo, buscando ese complemento de experimentación práctica y técnica de niveles formativos ya adquiridos o en curso de adquisición, y que se procura desde la contratación de la persona estudiante/trabajadora por una empresa o entidad del sector profesional vinculado a determinadas titulaciones o ciclos educativos.

La reforma de los contratos formativos, especialmente el contrato de formación en alternancia supone fomentar la formación dual, no solo en el ámbito de la formación profesional, sino

4 Vid. PÉREZ DEL PRADO, D., «La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo ¿La propuesta definitiva?, *Labos*, Vol.3, n.º extra, *La reforma laboral de 2021*, 2021, pp. 11-12.

5 Vid. GARRIDO PÉREZ, E., «El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos tras el RDL 32/2021: la centralidad estructural y finalista de la formación», *Temas Laborales*, n.º 161/2022, p. 71.

6 Vid. GARRIDO PÉREZ, E., *op.cit.*, p. 73.

7 Vid. CERVILLA GARZÓN, M. J., «El avance hacia la menor temporalidad y la mayor capacidad formativa del nuevo contrato formativo», *Ius Labor*, n.º 1, 2002.

8 Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y CUETO IGLESIAS, B., «Contratos Formativos», en VV. AA., GARCÍA MURCIA, J. (Ed.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, pág.142.

también en el ámbito de los estudios superiores, completando con la vertiente laboral una clara apuesta por parte del legislador por este modelo educativo. Sin embargo, el proceso para que la alternancia entre formación y trabajo sea completa no puede ser efectiva reformando solo la vía educativa, y su conclusión no cabe sin la participación del empresario y trabajadores⁹, por eso se hacía necesario una reformulación de estos contratos que se adecuara al nuevo planteamiento educativo.

Así, esta reforma ahonda y complementa la estrategia iniciada por el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolló el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecieron las bases de la formación profesional dual conforme a la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación¹⁰. A su vez, la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, potenció la formación asociada al empleo, que culminó —al menos en lo que respecta al ámbito académico— por la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, en la cual se apostó por que toda formación profesional fuera dual, armonizando los procesos de enseñanza y aprendizaje entre el centro de formación profesional y la empresa u organismo equiparado, en corresponsabilidad entre ambos agentes.

Para adecuarse a estos cambios operados en el ámbito académico, la primera de las modalidades contractuales abandona la denominación más clásica de contrato para la formación y el aprendizaje, para ser sustituida por el de formación en alternancia. Término que aparece formalmente por primera vez, asociado a esta modalidad formativa, en el RD 1592/2012, de 8 de noviembre, que desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y establece las bases de la formación profesional dual. Según se expresaba su exposición de motivos, este contrato pretendía establecer las bases para la implantación progresiva de la formación profesional dual en España, «entendida como el conjunto de acciones e iniciativas formativas, mixtas de empleo y formación, que tienen por objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral en una empresa con la actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo» (art. 2.1). El contrato de formación en la alternancia tendrá por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo.

Así pues, ya existía esa idea de la formación en alternancia mediante una metodología que permitiera el desarrollo de procesos de formación junto con la prestación de una actividad laboral. No se está, pues, ante una versión actualizada del contrato de formación y aprendizaje bajo una distinta denominación, sino ante un contrato de naturaleza nueva y diferenciada respecto de aquel¹¹. Consiguientemente, el contrato nace con una marcada orientación finalista de mejora de la capacitación formativa de quienes están cursando unos estudios que no solo se limitan al ámbito de la formación y acreditación profesional, sino que se extienden también al sistema educativo universitario, recogiendo de uno y otro su metodología y experiencia en gestionar estancias formativas prácticas de sus estudiantes en empresas e instituciones empleadoras, y en consecuencia otorgando a las instancias educativas universitarias y de formación profesional de un papel esencial y clave en el desarrollo de esta nueva modalidad contractual.

Con el objeto de evitar su utilización abusiva, se establece la limitación de que solo podrá celebrarse un contrato de formación en alternancia por cada ciclo formativo de formación profesional y titulación universitaria, certificado de profesionalidad o itinerario de especialidades formativas del catálogo de Especialidades Formativas del Sistema Nacional de Empleo.

9 Vid. LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., «De la formación y el aprendizaje a la formación en alternancia, un análisis de la incidencia del Real Decreto-Ley 32/2021, en el contrato formativo», *Revista Jurídica Valencia*, n.º 9, 2022, p. 34.

10 Vid. VELA DÍAZ, R., «La nueva regulación de los contratos formativos tras la reforma laboral: ¿Un impulso definitivo a esta fórmula contractual?», *Revista Internacional de Doctrina y jurisprudencia*, Vol.27, junio, 2022, pág.117 y López Gandía, J., «Los contratos formativos tras la reforma laboral de 2021», *NET21*, n.º 8, 2022.

11 Vid. MONTES ADALID, G., Una mirada a la reforma laboral: luces y sombras del real Decreto-Ley 32/202, *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social*, n.º 4, 2022, p. 7.

No obstante, sí que podrán formalizarse contratos de formación en alternancia con varias empresas en base al mismo ciclo, certificado de profesionalidad o itinerario de especialidades del catálogo citado, siempre que dichos contratos respondan a distintas actividades vinculadas al ciclo, al plan o al programa formativo y sin que la duración máxima de todos los contratos pueda exceder del límite previsto [artículo 11.2 h) LET].

La doctrina ha señalado, a este respecto, que los periodos en los que se está prestando servicios laborales en la empresa no conllevan una suspensión de la actividad académica normal del estudiante, sino que precisamente la idea inspiradora de esta modalidad es combinar ambas vertientes para adquirir un nivel práctico complementario a la formación teórica que se está cursando¹².

La norma remite la precisión de los tiempos de prestación/formación a la planificación formativa que la entidad educativa acuerde con la empresa o institución, aunque los tiempos de prestación laboral deben, en todo caso, permitir que se mantenga la actividad formativa teórica derivada de los estudios en curso, garantizándose que la contratación laboral no penalice la progresión académica del estudiante. Es así como esta alternancia, entendida como una combinación metodológica que permite el desarrollo de ambas actividades debe quedar codificada en los correspondientes convenios de colaboración que han de formalizarse entre los centros educativos y la empresa, y particularmente en los planes individualizados de formación a elaborar para cada estudiante/trabajador al amparo del correspondiente convenio¹³.

La doctrina ha entendido a este respecto que el nuevo planteamiento del contrato de formación en alternancia utiliza como modelo de referencia el sistema de prácticas curriculares desarrollado por entidades formativas, particularmente de nivel universitario y de formación profesional. De hecho, el marco normativo parecería ser el de dar carta de naturaleza contractual a las prácticas desarrolladas por estudiantes en empresas o instituciones vinculadas a sus planes de estudio, casi pretendiendo normalizar la contratación laboral como cobertura jurídica de unas prácticas que, son por lo general, parte esencial de la programación formativos de determinados ciclos o formatos educativos. Siguiendo este planteamiento, algunos autores entendieron que este modelo de contratos de formación en alternancia iba a generalizarse y sustituir el sistema previsto de prácticas curriculares y extracurriculares, y que, en definitiva, incluyera todas las programadas desde las entidades educativas.

Sin embargo, esta cuestión sigue resultando altamente controvertida, ya que el régimen de prácticas curriculares y extracurriculares no se ha modificado, aparte de la intrínseca dificultad jurídica de delimitar donde empieza la prestación laboral en sentido estricto, por las dificultades añadidas de recursos materiales y personales que su generalización conllevaría para los centros formativos y las empresas, lo que en la práctica supondría una disminución de la oferta disponible, y por ende, de la efectividad de estos programas. A mayor abundamiento, el anteproyecto del estatuto del becario incluye en su ámbito de aplicación aquellas que son obligatorias para la obtención título, lo que evidencia la intención del legislador de mantenerlas al margen de la contratación laboral.

Más dificultades está planteando la categorización de las prácticas extracurriculares —que son aquellas programadas o vinculadas al centro educativo pero que no revisten carácter obligatorio para la obtención del título—, ya que en el proyecto de Estatuto del Becario las practicas curriculares, como se ha dicho, se siguen manteniendo como formación extralaboral, excluye, sin embargo, de su ámbito de aplicación las extracurriculares que, como se verá más adelante, todo apunta a qué si sean reconducidas al contrato de formación en alternancia. La consideración de estas prácticas como laborales parece ser una de las cuestiones que más distensiones provoca entre los agentes sociales, y sería uno de los motivos que explicaría el retraso en la aprobación de la citada norma.

Por su parte, la segunda modalidad de contrato formativo, denominado el contrato para la obtención de práctica profesional, se realiza con personas trabajadoras en posesión de un título universitario, grado medio, superior, especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional. De acuerdo con lo previsto en el artículo 11.3 del Estatuto de los

12 Vid. GARRIDO PÉREZ, E., «El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos tras el RDL 32/2021: la centralidad estructural y finalista de la formación», *Temas Laborales*, n.º 161/2022, p. 72.

13 Vid. GARRIDO PÉREZ, E., *op.cit.*, pág. 72.

Trabajadores, el contrato tendrá por objeto la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación objeto del contrato, mediante la adquisición de las habilidades y capacidades necesarias para el desarrollo de la actividad laboral correspondiente al título obtenido por la persona trabajadora con carácter previo. El contrato de trabajo para la obtención de práctica profesional deberá concertarse dentro de los tres años, o de los cinco años si se concierta con una persona con discapacidad, siguientes a la terminación de los correspondientes estudios.

El puesto de trabajo deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación objeto del contrato. La empresa elaborará el plan formativo individual en el que se especifique el contenido de la práctica profesional, y asignará tutor o tutora que cuente con la formación o experiencia adecuadas para el seguimiento del plan y el correcto cumplimiento del objeto del contrato. Deberá formalizarse por escrito haciendo constar expresamente la titulación del trabajador, la duración del contrato y el puesto a desempeñar durante las prácticas.

2. Delimitación jurídica de la figura del becario: ausencia normativa y acción jurisprudencial

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 del mercado de trabajo establece en su disposición adicional segunda el encargo al Gobierno, para elaborar un Estatuto del Becario. Así, prevé que «el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma, convocará a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para, en el ámbito del diálogo social, abordar el Estatuto del Becario que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada en empresas u organismos equiparados, así como la actividad formativa desarrollada en el marco de las prácticas curriculares o extracurriculares previstas en los estudios oficiales».

Esta disposición es la primera mención legal al régimen jurídico del becario. Hasta la fecha no existía regulación legal alguna de la citada figura —salvo en lo relativo a los denominados becarios de investigación— por lo que su régimen jurídico, y delimitación con figuras afines, se ha ido realizando por la jurisprudencia. La doctrina judicial ha manifestado, desde un estadio muy inicial, las dificultades, tanto teóricas como reales, para diferenciar el régimen jurídico entre la beca y la relación laboral, creándose una zona fronteriza entre ambas instituciones, al afirmar que «tanto en la beca como en el contrato de trabajo se da una actividad que es objeto de una remuneración».

En un intento por conceptualizar la «beca o la figura del becario», la doctrina judicial ha establecido que las becas son —en general— asignaciones dinerarias o en especie «orientadas a posibilitar el estudio y formación del becario» y si bien «es cierto que este estudio y formación puede en no pocas ocasiones fructificar en la realización de una obra», por lo que «no son escasas las becas que se otorgan para la producción de determinados estudios o para el avance en concretos campos de la investigación científica», hay que tener en cuenta que «estas producciones nunca se incorporan a la ordenación productiva de la institución que otorga la beca» (STS de 13 de junio de 1988). Del mismo modo, aquel que concede la beca nunca puede tener la condición propia de empresario, ya que no incorpora el trabajo del becario a su patrimonio, circunstancia esencial para determinar la condición de empresario¹⁴.

La esencia de la beca es conceder una ayuda económica de cualquier tipo al becario para hacer posible una formación adecuada al título que pretende obtener, o que ya ostenta. Sin embargo, en la relación laboral común no contempla ese aspecto formativo y retribuye los servicios prestados por cuenta y a las órdenes del empleador, con independencia de que la realización de los trabajos encomendados pueda tener un efecto formativo por la experiencia, que es inherente a cualquier actividad profesional.

14 Vid. RODRÍGUEZ INIESTA, G., «Indicios versus certezas sobre la práctica de los becarios. Criterios jurisprudenciales sobre las mismas», en VV. AA., ILLUECA BALLESTER, Héctor (Dir.), *Trabajo y Seguridad Social de la juventud. Jornadas ITSS/AESS*, 2022, págs. 199-225.

La beca se configura, por tanto, como una donación modal (art. 619 Código Civil) en virtud de la cual el becado recibe un estipendio comprometiéndose a la realización de algún tipo de trabajo o estudio que redunde en su formación y en su propio beneficio (*vid.* en este sentido STSJ de Galicia 4255/2016, de 6 de julio y STSJ de Madrid 612/2017, de 23 de junio).

La clave para distinguir entre beca y contrato de trabajo es, por tanto, la finalidad perseguida con la concesión de la beca. El fin último de la beca debe ser asistir al becario en su formación y, en ningún caso, puede implicar por parte del concedente de la beca un beneficio económico de su actividad, apropiándose de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio. Por ello, se puede afirmar, que el rasgo diferencial de la beca, como percepción económica, y el salario, es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la formación del beneficiario. De ahí que las «labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así y las tareas que se le ordena realizar integran los cometidos propios de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral» (STS 4 de abril de 2006, rec. 856/2005)¹⁵.

Debiendo añadirse a esta idea que, si el becario desarrolla su actividad en solitario sin que ninguna persona dirigiese o coordinase su trabajo, no aparece la finalidad formativa y, por tanto, debe considerarse la existencia de una relación laboral. Del mismo modo, las labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así y las tareas que se le ordena realizar integran los cometidos propios de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral.

En esta misma línea, se ha entendido que las tareas que ha de cumplir el becario no las realiza como contraprestación, sino como aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que esta representa. Por lo tanto, la actividad realizada durante la beca se materializa como un compromiso que adquiere el becario y que no desvirtúa la naturaleza extralaboral de la relación existente.

Por ello, el problema último reside en la valoración de la prestación del becario en el marco de la propia actividad de la entidad que concede la beca, porque si del correspondiente examen se obtiene que la finalidad fundamental del vínculo no es la de contribuir a la formación del becario, sino obtener un trabajo necesario para el funcionamiento o la actividad de gestión del concedente, la conclusión es que la relación será laboral, si en ella concurren las restantes exigencias del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Como se anunció al principio, no existe una regulación legal de la figura del becario, y aunque comúnmente se alude a ellos, como contrato de becario, en puridad, no existe contrato, ni común, ni laboral, sino un convenio de cooperación entre tres partes: un estudiante, el centro educativo del que proviene el estudiante y la empresa. Es decir, teóricamente son colaboraciones entre el mundo empresarial y personas que aún se están formando académicamente. El objetivo de la colaboración, como ya se anunció antes, es que el estudiante adquiriera una formación práctica sobre lo que está estudiando, pero en ningún caso desarrollará un trabajo como el de un trabajador contratado por la empresa¹⁶. Es precisamente en este punto dónde más necesaria se hace la intervención y regulación por parte de la norma que, en la actualidad, se está negociando entre el Gobierno y los agentes sociales, para delimitar con precisión cuál es su ámbito subjetivo de aplicación.

No obstante, la colaboración entre el centro educativo, la empresa y el estudiante si encuentra determinados asideros legales, al menos en lo que se refiere al ámbito universitario, cuya regulación se contiene en el Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios.

La norma establece que las «prácticas académicas externas constituyen una actividad de naturaleza formativa realizada por los estudiantes universitarios y supervisada por las Universidades, cuyo objetivo es permitir a los mismos aplicar y complementar los conocimientos

15 *Vid.* ORTEGA LOZANO, P. y GUINDO MORALES, S., «La delgada línea divisoria entre una relación laboral asalariada y la remuneración o contraprestación económica del becario como zona gris del Derecho del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 218, 2019, pp. 87-126.

16 Para un análisis sobre la evolución de las prácticas y su consideración en el ordenamiento jurídico, *vid.* SANZ DE MIGUEL, P., «Falsos autónomos y falsos becarios: una aproximación institucional al caso español», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 37, n.º 1, 2019, pp. 73-75.

adquiridos en su formación académica, favoreciendo la adquisición de competencias que los preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento» (art. 2.1).

Al mismo tiempo, que advierte que dicha actividad «no se derivarán, en ningún caso, obligaciones propias de una relación laboral, ni su contenido podrá dar lugar a la sustitución de la prestación laboral propia de puestos de trabajo» (art. 2.3). El decreto prevé dos tipos de prácticas: las curriculares y la extracurriculares. En ambos casos, las obligaciones, horario y compensación económica vendrán estipulados en el convenio, con ciertos límites en función de cada una de las modalidades (art. 5).

En lo que se refiere a las prácticas curriculares, se configuran como actividades académicas integrantes del plan de estudios de que se trate (art. 4.1). Por ello, son de obligado cumplimiento para obtener la titulación, y no generan ningún tipo de derecho laboral: no son remuneradas y no cotizan a la Seguridad Social. A estos efectos, estas prácticas se realizarán bajo la cobertura del seguro escolar y de un seguro de responsabilidad civil. Las prácticas extracurriculares, por su lado, son aquellas que los estudiantes podrán realizar con carácter voluntario, durante su periodo de formación y que, aun teniendo los mismos fines que las practicas curriculares, no forman parte del correspondiente Plan de Estudios (art. 4.2).

Como se ve, en ambos supuestos, son prácticas que se realizan durante la etapa formativa del alumnado sin que estos hayan finalizado, en ningún caso, sus estudios, pero la obligatoriedad de una y otras puede añadir matices en su régimen jurídico más allá de los meros efectos académicos. En este sentido, las prácticas extracurriculares pueden ser retribuidas, y el becario dado de alta en la seguridad social, conforme a lo establecido en el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social¹⁷.

Esta solución sigue resultando controvertida, y se han producido números vaivenes legislativos al respecto. Así, el RD 1707/2011, de 18 de noviembre, establecía en su disposición adicional primera la exclusión del Sistema de la Seguridad Social de todos los estudiantes universitarios que realizasen prácticas académicas externas. Sin embargo, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en fecha de 21 de mayo de 2013, rec. n.º 171/2012, dictó una sentencia, en la que se declaraba nulo el referido reglamento en relación con la citada disposición adicional primera, en la medida que se añadió con posterioridad al informe del Consejo de Estado y, por tanto, no fue informada por el citado órgano consultivo¹⁸.

Posteriormente, el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia reguló expresamente dicha circunstancia previendo al efecto en su disposición adicional vigésimo quinta que a partir del 1 de agosto de ese mismo año «las prácticas curriculares externas realizadas por los estudiantes universitarios y de formación profesional, que tienen el carácter exclusivamente de asimilados a trabajadores por cuenta ajena a efectos de su integración en el Régimen General de la Seguridad Social, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, desarrollada por el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regula los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, tendrán una bonificación del 100 % en la cotización a la Seguridad Social»¹⁹.

La cuestión, por tanto, es establecer que supuestos quedan asimilados a trabajadores asalariados, para saber cuáles quedan dentro del radio de acción de la Seguridad Social y pueden beneficiarse, por ende, de esta bonificación, lo que remite nuevamente al Real Decreto

17 Vid. JIMENES BIDÓN, A., «Los derechos laborales de los becarios», *La Toga*, n.º 196. 2018, p. 75.

18 Vid. MORENO GENE, J., «La inclusión "definitiva" en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 379.

19 Para consultar una evolución de los sucesivos decretos en la materia, vid. MONTES ADALID, G. M., «La relación del becario frente a la nueva regulación del contrato formativo. Zonas de concurrencia y elementos de distinción», *Lex Social. Revista de Derecho Social*, n.º 12, 2022, pp. 6-9.

1493/2011. Esta norma establece en su artículo primero que: «quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, quienes participen en programas de formación financiados por entidades u organismos públicos o privados que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, no tengan carácter exclusivamente lectivo sino que incluyan la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades y conlleven una contraprestación económica para los afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba, siempre que la realización de dichos programas no dé lugar a una relación laboral que determine su alta en el respectivo régimen de la Seguridad Social»²⁰.

Esta regulación introduce dos elementos diferenciadores a la hora de delimitar las becas y su estatuto. En primer término, el carácter de la actividad desarrollada, delimitándose una y otra en atención a si se configuran con un componente exclusivamente lectivo, lo que las conceptualizaría como prácticas curriculares ajenas a cualquier protección propia del derecho del trabajo, y aquellas que impliquen la realización de prácticas formativas en la empresa, que estarían asimiladas a trabajadores asalariados, aunque no constituyen una relación laboral en sentido estricto.

Sin embargo, como se tratará más adelante, esta situación cambia con el proyecto de Estatuto de becario en la medida en que las prácticas extracurriculares deben desaparecer en un período máximo de tres años desde la entrada en vigor de la norma (disposición transitoria única), en consonancia con lo establecido en el artículo 1.d) del citado decreto que establece su ámbito objetivo: «Las prácticas curriculares desarrolladas durante los estudios oficiales de grado y master universitarios, incluidas aquellas que, conforme a la ley, sean requeridas para la obtención de títulos profesionales. Se entenderán incluidas las tareas formativas que se exijan para la obtención de los títulos propios de las Universidades que alcancen o superen 60 créditos ECTS, siempre que la duración de las prácticas, en su conjunto, no supere el 20 % por curso académico del tiempo del total de créditos de la titulación en cuestión».

No obstante, del análisis de ambas disposiciones no se puede deducir la eliminación de las prácticas extracurriculares como tal, sino su consideración como relación extralaboral. La lógica de las reformas acaecidas en materia de formación —tanto en lo concerniente al Estatuto del Becario como a los contratos formativos— llevan a entender que aquella formación que se realice en la empresa que exceda de la necesaria para la obtención del título deberá articularse por medio de un contrato para la formación en alternancia. Así las cosas, en este nuevo escenario se plantea una dualidad de regímenes, en el que las prácticas extracurriculares sí constituirán una relación laboral en sentido estricto, a expensas de que va a ocurrir con la regulación del resto de prácticas, que parece que la intención es configurarlas como becas, aunque no está claro si finalmente se van a incluir en el régimen de la seguridad social asimilados a personas trabajadoras y con qué efectos.

En este contexto parece ser que es, precisamente, el régimen de Seguridad Social la cuestión que más dificultades está generando para llegar a un consenso entre los agentes sociales, por lo que la materia está siendo volátil en los sucesivos textos que se van conociendo. Así las cosas, el último texto que se ha dado a conocer se reconocía la acción protectora de la Seguridad Social para el colectivo que incluía, al menos, cotización para generar prestación por desempleo, aunque los últimos avances se aludían también a una protección por contingencias comunes, con reducciones hasta del 90 % en la cuota empresarial.

Por último, a la hora de conjeturar cuál puede ser la regulación finalmente incorporada por el estatuto de un catálogo de derechos del becario, es necesario recordar regulaciones anteriores que no tuvieron recorrido real. A estos efectos, no debe olvidarse que la disposición adicional quinta del Real Decreto 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, amplió el ámbito de inclusión en el régimen general de la seguridad social de las prácticas o becas, debiendo quedar protegidas por la acción protectora de la Seguridad Social las prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programa de formación; así como las prácticas no laborales en empresas y las prácticas académicas externas.

20 Vid. HERNÁNDEZ DE LUZ, J. L., «Becarios y practicas no laborales en empresas», *Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social*, n.º 128, 2017, p. 214.

Sin embargo, esta medida no llegó a desarrollarse, y quedó bloqueada a la espera de un desarrollo reglamentario que nunca llegó a realizarse, probablemente por el malestar que generaba una medida excesivamente costosa para las instituciones educativas y/o empresas involucradas en el desarrollo formativo de los estudiantes.

En segundo lugar, también es determinante, a estos efectos, la cantidad abonada por la empresa o entidad en la que se realiza la actividad, si bien las prácticas curriculares pueden tener algún tipo de estipendio o compensación de gastos, dicha cantidad no puede suponer una retribución por la realización de dicha actividad. Si la cantidad percibida alcanza una cuantía suficiente deberían incluirse en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social a través de la vía ahora citada. La determinación de lo que debe entenderse por una cuantía suficiente es, a priori, incierto. Parece claro que si puede considerarse una cantidad suficiente si se percibe el Salario Mínimo Interprofesional proporcionalmente a las horas que se realiza la actividad; pero probablemente también si la contraprestación económica alcanza proporcionalmente a las horas realizadas el 80 % del IPREM, que es el límite de referencia que utilizan otras regulaciones cercanas, como, por ejemplo, el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas (art. 3.4).

De un modo semejante, el proyecto evita hablar de retribuciones, y parece que se va a mantener, en la línea jurisprudencial antes de citada, la denominación de estipendios o compensación por gastos. Incluso en aquellas que tengan carácter remunerado se habla de la cuantía mínima de esa remuneración, pero evitando en todo caso la denominación de percepciones salariales [art. 2 h) y g) de Proyecto de Estatuto].

A la hora de delimitar el estatuto del becario una de las mayores incógnitas que se plantean es como se va a diferenciar de otras figuras afines, como los contratos formativos —el contrato para la formación en alternancia y el contrato para la obtención de práctica profesional— y las prácticas no laborales en la empresa. En estos supuestos, al igual que ocurre con las becas, se realiza una parte de la actividad fuera de los centros de formación, y la finalidad de todos ellos es completar la formación teórica que se posee —o que se pretende adquirir— con una parte práctica.

La diferencia fundamental entre la beca y los contratos formativos es la actividad llevada a cabo por el estudiante/trabajador. En la beca, como se ha explicado con anterioridad, no se realiza ningún tipo de actividad productiva, sino que toda la labor desempeñada en la empresa es formativa. Sin embargo, en los contratos formativos se reparte el tiempo efectivo de trabajo entre la parte formativa y la productiva.

Así las cosas, parece fácil delimitar la beca de contrato para la obtención de práctica profesional, ya que en este supuesto la persona trabajadora ya está en posesión de un título de capacitación, y la formación que se le proporciona a través de esta relación es una dimensión meramente práctica y no teórica, ya no se vincula a la obtención de ninguna enseñanza reglada u oficial.

Más problemas, sin embargo, presenta delimitar la figura del becario con el contrato de formación para la alternancia que, como ya se vio, tendrá por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. Por tanto, en ambos casos se está haciendo referencia a personas que aún están cursando sus estudios, y por ello conceptualmente podría haber confusión entre esta modalidad y las citadas prácticas. La frontera es tan difusa que será el propio estatuto del becario el que tenga que establecer el límite de su aplicabilidad, en detrimento de la relación laboral.

Se incluirá en el ámbito de aplicación del estatuto del becario y, por tanto, tendrán carácter extralaboral aquellas prácticas curriculares desarrolladas durante los estudios oficiales de grado y máster universitarios, la formación práctica para la obtención de los grados correspondientes al sistema de formación profesional, y prácticas no laborales, que tenga, siguiendo la naturaleza clásica de la definición, carácter meramente lectivo. Aquellas que combinen un elemento de prestación de servicios deberán reconducirse al contrato formativo de formación en alternancia. Esta idea se ve reforzada, si recordamos la disposición transitoria única elimina las prácticas extracurriculares porque entiende que la finalidad de aquellas —aun manteniendo un

amplio componente formativo— ya no es en exclusiva lectiva, sino que tiene un parte de prestación de servicios y, por ende, traspasa la frontera del Derecho del Trabajo, debiendo incluirse en la modalidad de contrato formativo en la modalidad de formación en alternancia.

No obstante, de la propia literalidad del artículo 11 del ET se pueden extraer las diferencias fundamentales entre ambas instituciones, ya que, en el supuesto del contrato para la formación en alternancia nos encontramos con una regulación dual de formación y actividad productiva, elemento que en ningún caso podía aparecer en las becas. De esta manera, en el contrato para la formación en alternancia el trabajador deberá recibir formación al menos durante un 35 % de la jornada máxima aplicable el primer año y un 15 el segundo año, pudiendo destinarse el resto del tiempo a labores productivas en sentido estricto, lo que justifica la existencia del contrato de trabajo.

Aun así, la regulación del Estatuto del becario debe complementarse con el desarrollo reglamentario de los contratos formativos, que aún está pendiente de aprobación, para poder trazar líneas menos difusas entre el régimen jurídico del becario y el trabajo asalariado en aquellos periodos en los que la formación de la persona tiene una especial trascendencia jurídica y profesional.

Por último, habría que establecer que ocurre respecto de las prácticas no laborales en empresas y su consideración jurídico-laboral. En la actualidad, estas se regulan por el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas. La norma las define como acuerdos de colaboración entre empresas o grupos de empresas con los Servicios Públicos de Empleo, dirigidas a personas jóvenes desempleadas, inscritas en la oficina de empleo —entre 18 y 25 años— que, debido a su falta de experiencia laboral, tengan problemas de empleabilidad y que posean una titulación oficial universitaria, titulación de formación profesional, de grado medio o superior, o titulación del mismo nivel que el de esta última, correspondiente a las enseñanzas de formación profesional, artísticas o deportivas, o bien un certificado de profesionalidad (art. 1 y 3). Estas prácticas pretenden ser una primera experiencia laboral que permita a los recién titulados acceder al mercado de trabajo a través de la adquisición de experiencia real en la empresa.

La propia norma prevé que las personas jóvenes participantes recibirán de la empresa o grupos empresariales en que desarrollan las prácticas una beca de apoyo cuya cuantía será, como mínimo, del 80 por ciento del IPREM mensual vigente en cada momento y, es obligatoria su inclusión en el ámbito de la Seguridad Social como personal asimilado por la vía del Real Decreto 1493/2011. La configuración de estas prácticas como una situación intermedia entre aquellas que se realizan dentro del marco de un programa de estudios y el contrato de trabajo para la obtención de la práctica profesional lleva a pensar que su inclusión y delimitación deberían ser también una de las prioridades del esperado Estatuto.

Y así parece que se refleja en el proyecto de estatuto del becario que en su artículo 1.2 incluye en su ámbito de aplicación «las prácticas no laborales desarrolladas para el acceso a las especialidades formativas del sistema nacional de empleo, en los términos y con las condiciones previstas en la Orden TMS/283/2019, de 12 de marzo, por la que se regula el Catálogo de Especialidades Formativas en el marco del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral». Siendo la nueva norma el único marco de regulación de la citada modalidad en prácticas al establecerse que el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas quedaría tras su entrada en vigor derogado (disposición derogatoria única).

3. El proyecto de Estatuto del Becario: una primera aproximación

Como se ha visto en los epígrafes anteriores la delimitación de la figura del becario se ha hecho, mayoritariamente, por intervención jurisprudencial al no existir una norma específica que defina su ámbito de aplicación y su régimen. Por ello, los límites con la normativa laboral son en muchos casos difusos, superponiéndose incluso a figura laborales como los contratos formativos, ya que el «becario» por su propia naturaleza e indefinición se encuentra en lo que ha venido a denominarse los márgenes del Derecho del Trabajo.

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 del mercado de trabajo estableció el encargo al Gobierno, para elaborar un Estatuto del Becario «que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada en empresas u organismos equiparados, así como la actividad formativa desarrollada en el marco de las prácticas curriculares o extracurriculares previstas en los estudios oficiales» (D. A. Segunda).

Por tanto, el Estatuto del Becario es uno de los compromisos de la reforma laboral aprobada en diciembre de 2021. El objetivo es regular la formación práctica tutorizada en empresas, así como la actividad formativa de las prácticas curriculares y extracurriculares y delimitar su régimen jurídico de manera precisa para poder identificar las situaciones fraudulentas que se producen entorno a esta figura²¹. Para poder esclarecer este escenario es necesario, no solo la aprobación del prometido estatuto, con una delimitación precisa de su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación y su régimen de protección por parte de la Seguridad Social, sino también el desarrollo reglamentario de los contratos formativos, cuyas fronteras entre ambas figuras no es clara, máxime cuando en la reforma laboral se aprecia una intención por parte del legislador de potenciar la formación dual, también en el ámbito de la educación superior.

A pesar de que ya ha expirado el plazo de seis meses previsto en la norma para la aprobación del Estatuto del Becario parece que a los agentes sociales les está costando llegar a un consenso sobre el texto definitivo y la promulgación de la norma se está retardando más allá de lo inicialmente previsto. Aun así, el borrador de la norma —denominada provisionalmente «Estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa»— define con precisión lo que son prácticas laborales, que actividades quedan excluidas de este concepto y que acciones formativas son necesarias para la obtención del título.

En concreto, el Estatuto del Becario regulará las «tareas formativas desarrolladas en la empresa o, en su caso, organismos equiparados, que figuren como parte integrante de los programas o currículos de aquellos procesos formativos oficialmente reconocidos por las administraciones competentes en el sistema de formación profesional y universitario o las especialidades formativas de sistema nacional de empleo» (art. 1).

Así, conforme a las previsiones del artículo 1.2 del borrador de la citada norma, los periodos de formación práctica en la empresa serán únicamente los contemplados en los siguientes supuestos: a) Formación práctica tutorizada en empresas y organismos equiparados requerida para la obtención de los grados correspondientes al sistema de formación profesional de acuerdo con la Ley Orgánica 3/2022 de ordenación e integración de la Formación Profesional; b) Formación tutorizada en empresas u organismos equiparados, requerida para las enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo; c) Las prácticas no laborales desarrolladas para el acceso a las especialidades formativas del sistema nacional de empleo, en los términos y con las condiciones previstas en la Orden TMS/283/2019, de 12 de marzo, por la que se regula el Catálogo de Especialidades Formativas en el marco del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral; d) Las prácticas curriculares desarrolladas durante los estudios oficiales de grado y master universitarios, incluidas aquellas que, conforme a la ley, sean requeridas para la obtención de títulos profesionales.

A estos efectos, se entenderán incluidas las tareas formativas que se exijan para la obtención de los títulos propios de las Universidades que alcancen o superen 60 créditos ECTS, siempre que la duración de las prácticas, en su conjunto, no supere el 20 % por curso académico del tiempo del total de créditos de la titulación en cuestión.

No obstante, se presumirá la existencia de relación laboral en los siguientes supuestos: a) cuando la actividad desarrollada sustituya las funciones de una persona trabajadora por cuenta ajena de la empresa; b) cuando la formación práctica desempeñada no se corresponda con los supuestos a los que hace referencia el apartado anterior.

En ningún caso se entenderá que existe finalidad formativa cuando la actividad práctica desarrollada en la empresa se refiera a puestos de trabajo o actividades laborales que no requieran de una especial cualificación, conocimientos prácticos o experiencia, no cuente con el corres-

21 Vid, a este respecto, ÁLVAREZ CUESTA, H., «Becas no laborales como mecanismo de empleabilidad de los jóvenes», *Anuario IEI de Trabajo y Relaciones Laborales. Transiciones al empleo*, Vol. 6, 2019, pp. 7-23

pondiente plan de formación y de tutorización, o no exista una directa e indubitada vinculación entre la actividad desarrollada en la empresa u organismo equiparado y el programa o currículo o competencias incluidas en la oferta formativa al que está asociada la práctica.

Por tanto, con esta primera aproximación, queda claro que la finalidad primigenia del estatuto del becario es delimitar jurídicamente la figura del becario, excluyendo su uso más allá de una actividad formativa en la empresa, claramente identificada y altamente reglada. De esta manera, la norma trata de poner fin al uso de esta figura en situaciones limítrofes —y en ocasiones abusivas— con el contrato de trabajo y, su filosofía apunta a que si las situaciones nos encajan con la formación propuesta en el Decreto se acuda a un contrato formativo en la modalidad de prácticas. Desapareciendo, por tanto, la figura del becario con estudios finalizados y con incertidumbre jurídica sobre su situación, duración y formación real a recibir.

Para tratar de evitar el uso fraudulento de esta modalidad el propio estatuto establece de manera reglada cual debe ser el contenido de la actividad formativa. Así, el artículo 2.1 establece que «las actividades formativas de carácter práctico solo se podrán desarrollar en una empresa o en un organismo equiparado al amparo de un acuerdo o convenio de cooperación con el correspondiente centro formativo autorizado para impartir las ofertas de formación de las que dichas prácticas forman parte».

En este contexto, se establece que el acuerdo deberá recoger al menos a) denominación del centro formativo y la empresa u organismo equiparado entre los que se establece el acuerdo o convenio, así como centro o centros en los que se desarrollará la actividad formativa práctica en caso de que la empresa tuviera varias sedes. Oferta u ofertas formativas para las que se establecen las prácticas en empresa; b) Procedimiento para la definición conjunta entre el centro de formación y las empresas u organismos equiparados de los planes de formación de cada persona, así como la identificación de los procesos, resultados de aprendizaje o contenidos incluidos en el currículo de cada oferta formativa a abordar en la empresa; c) Derechos y obligaciones de las personas en formación práctica que, en todo caso, deberán respetar los mínimos previstos en esta norma; d) Sistema de tutorías, que incluya los mecanismos de seguimiento y evaluación de los aprendizajes a realizar durante el periodo en empresa u organismo equiparado; e) la coordinación, las secuencias y la duración de los periodos de formación en la empresa, si estuvieran distribuidos en distintos momentos de la oferta formativa; f) Régimen de ausencias y suspensión de la actividad formativa; g) Cuantía de la compensación de gastos de carácter mínimo; h) Carácter remunerado, en su caso, de la formación, y cuantía mínima de dicha remuneración. En el caso de que las prácticas se desarrollen en el extranjero, el acuerdo o convenio deberá establecer las condiciones de traslado y estancia, cuyo coste no puede recaer en la persona en formación práctica, así como la información adecuada sobre la regulación de los derechos y obligaciones de estas personas en el país de acogida.

Además, se prevé que las tareas asignadas en el período de formación práctica deben ajustarse al contenido formativo recogido en el plan de formación individual, que cumplirá lo establecido en el acuerdo o convenio previsto en el apartado anterior y se desarrollarán en los centros de trabajo que corresponda, bajo la dirección y supervisión de una persona tutora designada por la empresa o por el organismo equiparado y en coordinación con la persona tutora designada por el centro de formación.

IV.

REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL EN LA EMPRESA: UNA REFORMA TAN NECESARIA COMO POCO PROBABLE

Luis Antonio Fernández Villazón

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

1. Democracia en la empresa. Por qué es importante que la representación del personal funcione

La idea de democracia industrial es uno de los legados que nos dejó un breve, pero fructífero momento político: el de la elaboración y proclamación de la Constitución de Weimar en Alemania. Se trataba de trasplantar al mundo de la empresa los conceptos de limitación de poderes y participación democrática propios del Derecho público constitucional¹. De hecho, esa concepción según la cual la empresa no debe ser un mundo aparte de la sociedad y que, en consecuencia, debe participar también de los valores democráticos, volverá a aparecer en otros momentos y lugares de la historia europea en los que se insistirá en la necesidad de desarrollar una democracia o ciudadanía en la empresa². No obstante, con el paso del tiempo, estas ideas se han ido viendo relegadas por las sucesivas crisis económicas y el surgimiento de nuevos paradigmas de empresa. Todo ello hasta el punto de que se ha podido afirmar que el concepto de «democracia industrial» se encuentra en la actualidad en desuso³.

En España, este movimiento coincide en el tiempo con el proceso constituyente de 1978 y el desarrollo del modelo de relaciones laborales derivado de la Constitución. Verán así la luz diversas publicaciones académicas que utilizan el concepto de «democracia en la empresa» en los años 80 y 90 del pasado siglo. La idea se presenta, en cierta medida, como una fase más de la transición. Un medio para hacer llegar los valores democráticos a todos los ámbitos de una sociedad que acababa de descubrirlos⁴. O dicho en otras palabras «a un régimen externo de democracia política debe corresponder la afirmación de la ciudadanía y de la democracia social en los lugares de trabajo»⁵. No obstante, también en nuestro país se advierte un cierto repliegue de la idea. En efecto, las sucesivas reformas laborales que se han ido ensayando han

1 BAYLOS GRAU, A., «Control, obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles», en VV. AA., *Autoridad y democracia en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1992, pp. 160 y 161.

2 *Vid.*, por ejemplo, JEAMMAUD, A., «Los derechos de información y participación en la empresa. La ciudadanía en la empresa», en VV. AA., *Autoridad y democracia en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1992, p. 180.

3 MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.^a N., *Manual de Derecho Sindical*, Comares, Granada, 2013 (8.^a ed.), p. 134.

4 Además del ya citado *Autoridad y democracia en la empresa*, podemos señalar la traducción al español de la obra de Marco Biagi *Representación de los trabajadores y democracia en la empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1982 o la obra VV. AA., *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales* (RIVERO LAMAS, J., Coord.), 1980.

5 RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Comares, Granada, 2010, p. 13.

ido casi siempre en la línea de potenciar los poderes discrecionales del empresario y reforzar la individualización de las condiciones de trabajo, lo que deviene, casi indefectiblemente, en una concepción más autoritaria de las relaciones laborales.

Cierto es que el propio texto constitucional mostró una relativa «frialdad» hacia la idea de la representación de los trabajadores en la empresa. La única mención que se hace en él a la participación de éstos se encuentra en el artículo 129.2. No sin razón se ha afirmado por ello que, en el diseño constitucional de relaciones de trabajo, la participación ha quedado relegada a un nivel muy modesto, fuera del esencial Título I, como simple principio programático, dentro de un Título (el VII, «Economía y hacienda») con el que mantiene muy poca conexión temática⁶. Por otro lado, el texto del artículo 129 es extremadamente ambiguo y no prejuzga cuáles han de ser las «diversas formas de participación en la empresa» a las que se refiere. Lo único claro es que la promoción de esa participación es labor de los poderes públicos y que éstos han de realizarla «eficazmente». A partir de ahí, la forma concreta en que se articule la participación depende, aparentemente, del exclusivo criterio del legislador. Por ello, el sistema de representación de los trabajadores a través de representantes unitarios diseñado por el Estatuto de los Trabajadores es una opción legal, que se hace «sin perjuicio de otras formas de participación» (art. 61 ET). No existe en el texto constitucional un precepto que vincule u obligue al legislador a establecer órganos de representación unitaria en la empresa⁷. De ahí que la garantía de funcionamiento del sistema deba hacerse también a nivel de jurisdicción ordinaria, sin que tenga acceso, en principio, a la tutela reforzada del recurso de amparo.

No obstante lo dicho, la interpretación del artículo 129.2 CE no debe hacerse aisladamente, sino que debe realizarse en contexto con el resto de la Constitución. Por un lado, está el derecho fundamental a la libertad sindical. Aunque la Constitución en el artículo 28 sólo habla del derecho a fundar sindicatos y de afiliarse a ellos, la Ley Orgánica de Libertad Sindical, abalada por la doctrina del Tribunal Constitucional, incluye en ella los llamados derechos de actividad o acción sindical. Es decir, todos aquellos necesarios para que el sindicato pueda funcionar como tal y realizar adecuadamente su función constitucional de defensa de los intereses de los trabajadores (art. 7 CE). Ello incluye el derecho de la organización, en ejercicio de su autonomía organizativa, a desplegar unidades de actuación sindical dentro de las empresas e incluye también el derecho de los trabajadores de una compañía afiliados a un determinado sindicato a organizarse internamente y realizar actividad sindical dentro de la misma. De tal modo, la participación y representación de los trabajadores en la empresa a través del sindicato al que están afiliados sí tiene una dimensión constitucional que trasciende la pura opción del legislador ordinario. Otra cosa es que tal participación forme parte de la estrategia que la organización sindical, en el ejercicio de su libertad, pueda adoptar o no.

Por otro lado, el artículo 129 debe ponerse en conexión con uno de los principios básicos de nuestra Constitución, la idea del Estado Social, desarrollada en el artículo 9.2. En él se establece como deber de los poderes públicos el «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»⁸. Desde el momento en que nuestro Tribunal Constitucional ya ha dejado claro en numerosas sentencias que la condición de ciudadano no se pierde por la simple entrada en el centro de trabajo⁹, y desde el momento en que las empresas son parte indiscutible de la vida económica y social, el mandato del artículo 129 de garantizar una participación eficaz cobra mayor peso y contenido constitucional. La empresa no es un ámbito ajeno a la garantía de la libertad, la igualdad y la participación. Los poderes públicos deben garantizar la existencia en ella de mecanismos que faciliten su desarrollo. No se prejuzga

6 RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., «La participación de los trabajadores en la empresa», *Revista de Política Social*, n.º 121, 1979, pp. 126 a 128.

7 BALLESTER PASTOR, I., «La representación de los trabajadores en la empresa: La representación unitaria», en VV. AA., *Manual de Derecho Sindical* (GARCÍA NINET, I., GARCÍA VIÑA, J., VICENTE PALACIO, A., Dirs.), Atelier, Barcelona, 2017 (4.ª Ed.), p. 173.

8 Los primeros intérpretes de nuestra constitución ya pusieron en relación este precepto con el artículo 3 párrafo segundo de la Constitución italiana, del que es claramente tributario. El texto italiano es muy similar, aunque utiliza el término «trabajadores» en lugar de «ciudadanos», lo que le da un contenido más evidentemente social y laboral, RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., «La participación de los trabajadores en la empresa», *loc. cit.*, p. 435.

9 «La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano», *vid.* Por todas STC 88/1985, de 19 de julio (BOE 14 de agosto), FJ 2.º

el modelo, pero es evidente que, necesariamente, debe existir al menos uno. Así pues, y pese a la parquedad del texto constitucional sobre la materia, puede concluirse que la democracia en la empresa es un concepto plenamente coherente con una Constitución que busca garantizar la efectividad real de la igualdad y los derechos de los ciudadanos y que defiende que sus principios básicos deben llegar a todos los aspectos de la vida económica y social.

El concepto, además, tiene un componente netamente europeo. No sólo porque es en Europa donde nace y mayor desarrollo alcanza, sino porque el derecho de los trabajadores a algún tipo de consulta o participación se encuentra expresamente recogido en diversos instrumentos de ámbito europeo. De entrada, la Carta Social Europea, en el ámbito del Consejo de Europa, proclama que «los trabajadores tienen derecho a la información y a la consulta en el seno de la empresa», así como a «tomar parte en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo en la empresa» (arts. 21 y 22). Ya en el contexto de la UE, la vieja Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 proclamó el derecho a la «información, consulta y participación» (arts. 17 y 18). Aunque se trata de un texto programático, esta carta tiene su influencia en el derecho originario. Así, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su artículo 151, manifiesta tener presentes, tanto la Carta Social Europea como la Carta Comunitaria. Lo hace, además, justo antes de señalar el diálogo social como objetivo de las instituciones europeas e incluir entre las competencias de la UE, compartidas con los estados miembros, la información y consulta de los trabajadores (art. 153. c) y «la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión» (art. 153 f)). Por otro lado, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, esta sí parte integrante del derecho originario, reconoce en su art. 27 el derecho «a la información y consulta de los trabajadores en la empresa».

Cierto es que, a la hora de concretar estos derechos en normas derivadas concretas, se ha prestado más atención a los procesos de información y consulta que a la propia entidad y estructura de los órganos de representación¹⁰. De hecho, es bien conocido que en su momento se optó por una vía de la armonización indirecta en la materia, constreñida a la introducción de derechos de información y consulta, inicialmente centrados en los procesos de reestructuración empresarial. Se eludieron así las dificultades que planteaba una armonización directa de tales derechos a través de un canal de representación general o común para toda la UE, como consecuencia de las enormes diferencias existentes en este punto en las tradiciones legales y sindicales de los estados miembros¹¹. Ello ha hecho que los actos de información y consulta tengan un mayor grado de protección europea que los propios órganos de representación que deberían encauzarlos. Algo que es coherente con la falta de competencias en materia de derecho de sindicación y asociación de la Unión¹², pero que responde también a una cierta falta de voluntad política¹³. No obstante, la idea está ahí, ha ido escalando peldaños en su consideración como principio que vincula a los estados miembros y es reiterada constantemente en los diferentes planes de acción de las instituciones europeas. Así sucede, por ejemplo, con el pilar europeo de derechos sociales y su plan de acción, uno de cuyos 20 principios es, precisamente, el diálogo social y la participación de los trabajadores¹⁴.

Más allá de los aspectos concretos de la regulación europea y sus logros, lo que parece subyacer detrás de estas referencias e instrumentos es la afirmación de un modelo europeo de relaciones laborales. Un modelo que busca, precisamente, dos objetivos que han estado históricamente relacionados con el desarrollo de los mecanismos de participación y representación¹⁵. Por un lado, la implicación de los trabajadores en la empresa, lo que apunta a unas

10 CABEZA PEREIRO, J., «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de representación de los trabajadores», en VV. AA., *Participación y acción sindical en la empresa* (CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., Coords.), Bomarzo, Albacete, 2013, p. 215.

11 HUERTAS BARTOLOMÉ, T., «Nuevas normas sobre diálogo social europeo: la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 20, n.º 1, 2002, p. 124.

12 CABEZA PEREIRO, J., «La doctrina del Tribunal de Justicia...», *loc. cit.*, p. 215

13 MIRANDA BOTO, J. M.^a, «¿Lo colectivo en el mercado interior?», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 122, 2016, p. 89.

14 Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales (art. 8).

15 Objetivos no siempre expresos y que han hecho que tales mecanismos fueran censurados desde algunos posicionamientos como «productivistas» y encubridores de la oposición de intereses de trabajadores y empresarios; en la medida en que potencian el rendimiento del trabajo y tienen por objetivo, en último término, la

relaciones colectivas más colaborativas y, en consecuencia, menos conflictivas. Por otro, y en cierto modo como contrapartida, una reducción o limitación de los poderes unilaterales dentro de la organización empresarial. Es decir, un ejercicio del poder más participativo. Es ese uno de los valores europeos que la Unión ha tratado de reafirmar con más o menos empeño y diferente grado de éxito. Un valor que conviene volver a reivindicar en estos tiempos convulsos; salvo que se desee volver a unas relaciones colectivas de trabajo disruptivas o se quiera convertir a la empresa en un islote de poder autocrático en medio de una sociedad cada vez más exigente con los valores democráticos en todos sus ámbitos.

2. El modelo español de representación y sus deficiencias

Del comentario que hemos hecho en el epígrafe anterior puede deducirse que, si bien los preceptos constitucionales no prejuzgan en ningún momento el canal concreto de participación y representación que puede adoptar el legislador, sí que, de algún modo, promocionan o favorecen la opción finalmente adoptada por el ordenamiento español. El juego combinado de los artículos 28.1 y 129 apunta a la existencia de dos dimensiones de la participación en la empresa. Una es la vinculada al derecho fundamental a la libertad sindical, donde la acción del legislador, siendo amplia, estaría más constreñida. La segunda vendría dada por las otras formas de participación, sobre las que se dispone de un campo de actuación mucho mayor. Así pues, la configuración de un doble canal de representación (con una dimensión netamente sindical por un lado y, por otro, una segunda desarrollada por el legislador ordinario y con carácter no necesariamente sindical) era un resultado más que probable del proceso de aplicación y ejecución de nuestra carta magna. El contexto social y político de la transición harían el resto.

Sin duda, uno de los elementos más influyentes será la estrategia de actuación sindical de las dos grandes confederaciones sindicales. Por un lado, estaría CC. OO, partidaria de mantener un modelo de representación unitaria similar al de los viejos Jurados de Empresa, en los que había conseguido participar desde la ilegalidad a través de su política de infiltración en la Organización Sindical franquista. Por otro la UGT, recientemente llegada del exilio, y partidaria de un modelo de acción directa del sindicato y de sus afiliados en la empresa¹⁶. La regulación provisional de la transición, establecida en el RD 3149/1977, de 6 de diciembre, sólo preveía un modelo de representación unitaria, centrado en los comités de empresa y los delegados de personal, desconociendo por completo los sindicales. Probablemente ello se debió al recelo inicial de los gobiernos de entonces hacia la acción directa del sindicato en los centros de trabajo. Serán los grandes pactos entre los actores sociales realizados en los años 1979 y 1980 los que configurarán una representación sindical adicional, articulada ya de forma muy similar a como la conocemos hoy¹⁷. Esa doble vía quedará consagrada en el texto del Estatuto de los Trabajadores, que, aunque regula principalmente en su Título IV la representación unitaria, reconoce la convivencia con ella de la representación sindical. El cuadro se cerrará pocos años después, cuando se apruebe la Ley Orgánica de Libertad Sindical, incluyendo una regulación competente y detallada de ésta última, a través de las Secciones y los Delgados Sindicales.

Los dos canales se encuentran íntimamente unidos. Desde el momento en que la representación unitaria es obligatoria y llega a centros de trabajo más reducidos que la sindical, relegada a empresas o centros de cierta magnitud, los delgados de personal y comités de empresa se han convertido en un elemento clave de la estrategia sindical de acción en los lugares de trabajo. Por si esto fuera poco, la medición de la representatividad de las organizaciones sindicales depende, como es sabido, de los resultados obtenidos en las elecciones a representantes unitarios. Ello ha implicado una fuerte interdependencia de las dos represen-

reducción la conflictividad social, RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., «La participación de los trabajadores en la empresa», *loc. cit.*, p. 425. Es preciso reconocer que la potenciación de los órganos de representación unitaria por parte de los gobiernos europeos a lo largo del siglo XX, tuvo en muchas ocasiones el objetivo de obstaculizar el despliegue de formas más revolucionarias de acción colectiva, OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, Tecno, Madrid, 2003 (8.ª ed.), p. 304.

16 OLIVET PALÁ, A., «La concertación social en la transición: la génesis de un modelo de intercambio», *Revista Espacio Tiempo y forma, Serie V, Historia Contemporánea*, n.º 13, 2000, pp. 475 y 476.

17 AGUT GARCÍA, C., *El sindicato en la empresa (secciones y delegados sindicales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 136.

taciones entre sí. Por un lado, la unitaria ha pasado a estar fuertemente sindicalizada, pues la mayoría de las candidaturas y de los representantes electos son provenientes de los sindicatos. Por otro, esa sindicalización se ha vuelto clave para la actuación de las propias organizaciones, que necesitan de la unitaria, no sólo para llegar a centros de trabajo más reducidos o para certificar su grado de representatividad, sino también para realizar actividades de vital importancia, como la negociación de convenios colectivos estatutarios de empresa o la designación de delegados sindicales.

El sistema, preciso es resaltarlo, ha funcionado razonablemente bien en las décadas que lleva implantado. Sin duda se encuentra plenamente consolidado y, lo que es más importante, goza de un alto grado de aceptación y reconocimiento por parte de los actores principales del modelo: los propios sindicatos y las organizaciones empresariales¹⁸. Como medida del grado de representatividad, el eco electoral tiene una enorme ventaja: la fiabilidad y exactitud que garantiza el sistema de elección a los representantes unitarios. Seguramente por ello, el modelo ha permanecido prácticamente intacto durante todo este tiempo, sin apenas modificaciones. Más allá de la introducción de la representación específica en materia de prevención de riesgos laborales o de algunos ajustes del procedimiento electivo y en materia de competencias, prerrogativas y garantías. No obstante, el sistema presentaba sus lagunas ya en el momento de su constitución. Deficiencias que no han hecho sino crecer con el paso del tiempo y que esa falta de reformas no ha hecho sino agravar. En este sentido, lo que inicialmente podría ser una ventaja, la estabilidad normativa del conjunto, va camino de convertirse en su talón de Aquiles. Exponemos a continuación las que consideramos principales deficiencias del modelo.

Sin duda, la más relevante de esas deficiencias es la excesiva relevancia que nuestro sistema otorga al centro de trabajo como unidad de referencia de la representación de los trabajadores, especialmente en el caso de la representación unitaria. Este modelo, unido a la exigencia de un determinado número de trabajadores para poder articular la representación, centra la atención en empresas de cierto tamaño y corte «tradicional» fordista, lo que genera disfunciones tanto para las organizaciones pequeñas y medianas como para las grandes. En efecto, las pequeñas empresas, que suponen una parte muy relevante de nuestro tejido productivo, quedan fuera de este sistema de representación. También quedan fuera empresas con un elevado número de trabajadores empleados, pero que se articulan en una pléyade de centros de trabajo de reducido tamaño y, en consecuencia, sin representación de personal. Las fórmulas que el propio Estatuto de los Trabajadores prevé para permitir una representación por encima del centro de trabajo son muy limitadas y no permiten salvar este obstáculo. Así, el Comité intercentros debe ser creado por convenio colectivo, lo que apunta a la necesidad de tener ya implantada una representación de personal con capacidad para negociar. De tal manera, la Ley parece limitarlo de nuevo a empresas que dispongan de centros de trabajo con tamaño suficiente para disponer de su propio comité. De hecho, los integrantes del comité intercentros han de ser designados «de entre los componentes de los distintos comités de centro» (art. 63.3 ET). Lo mismo puede decirse del comité conjunto del artículo 63.2 ET. Éste se encuentra constreñido a dos supuestos legales, que están muy lejos de cubrir todas las necesidades de representación de una empresa atomizada en múltiples centros de trabajo con escaso número de trabajadores.

El problema, que es originario como hemos dicho, no ha hecho sino agravarse con el surgimiento de los nuevos modelos de organización empresarial, fruto de los cambios tecnológicos, sociales y económicos. Entre ellos cabe destacar, en primer lugar, el llamado *fissured workplace*. Se trata de un fenómeno que es el resultado de una larga evolución y que hunde sus raíces en procesos ya bien conocidos por la doctrina laboralista, como son la descentralización productiva o el *outsourcing*, si bien su desarrollo a lo largo de los años ha llevado a consecuencias difíciles de prever en un primer momento. En efecto, lo que comenzó siendo una fórmula de mejora de la eficiencia, a través del abandono por las organizaciones de actividades instrumentales que desviaban recursos, para poder centrar toda su energía en las actividades claves o centrales del proceso productivo, ha acabado convirtiéndose en una completa transformación de la empresa y el centro de trabajo tal y como se conocían, con numerosas y profundas

18 CRUZ VILLALÓN, J., «Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa», *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 1, 2016, p. 50.

consecuencias en el mundo de las relaciones laborales. Frente a las grandes corporaciones del pasado, con fronteras precisas y con más empleo localizado dentro de su organización que fuera, han surgido grandes negocios que se asemejan más a un pequeño sistema solar, con una firma líder en el centro y organizaciones más pequeñas orbitando a su alrededor. Cuanto más nos alejamos en ese sistema de la firma líder, los márgenes de beneficio de los negocios satélites disminuyen, a la vez que aumenta la competencia entre ellos, generándose una fuerte presión a la baja en los salarios y en otras condiciones de trabajo¹⁹.

Cuando hablamos de descentralización productiva no nos referimos exclusivamente a la ya tradicional subcontratación, sino a toda una pléyade de variantes de lo que podemos llamar «colaboración empresarial»²⁰ y que adopta formas como las empresas multiservicios, las franquicias, las cadenas de suministro y un largo etcétera²¹. En todos ellos se producen los efectos antes descritos, a los que hay que unir, en lo que a nosotros ahora interesa, dificultades para la configuración de la representación de los trabajadores. El legislador no ha sido ajeno a dichas dificultades y ha introducido cierta regulación en la materia en el artículo 42 ET. Así, los números 4 y 5 de dicho artículo obligan, tanto a la empresa principal como al a subcontrata, a proporcionar cierta información a los trabajadores y a sus representantes. Por su parte, el número 6 permite a los trabajadores de la subcontrata acudir a la representación de los trabajadores de la empresa principal, cuando no disponen de una propia, y siempre en cuestiones relacionadas con las condiciones de ejecución de la actividad laboral. Finalmente, el número 7 prevé ciertas fórmulas de coordinación entre las representaciones de la empresa principal y de las contratistas o subcontratistas. Se trata de un tímido avance limitado, sin embargo, no sólo por el escaso alcance de su contenido, sino especialmente porque el ámbito de aplicación de los mencionados preceptos se reduce a las contratistas y subcontratistas de la propia actividad de la empresa principal. Quedan fuera, en consecuencia, un gran número de contratistas y subcontratistas que no encajan en dicha categoría. Obviamente, tampoco se extiende a las otras fórmulas de descentralización a las que hemos hecho referencia.

Otra nueva fórmula de organización empresarial con efectos en el modelo de representación de los trabajadores viene dada por la llamada economía colaborativa. La Comisión Europea ha definido este fenómeno como un modelo de negocio en el que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implicaría, según la Comisión, a tres categorías de agentes: los prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias (y que pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional o prestadores de servicios que actúen a título profesional); los usuarios de dichos servicios; y los intermediarios que, a través de una plataforma en línea, conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos²². Aunque la economía «colaborativa» o a demanda se basaba inicialmente en prácticas de trueque o intercambio, las nuevas tecnologías han impuesto un fuerte ritmo de evolución, acelerado por la aparición de plataformas digitales que intervienen en el mercado con ánimo de lucro, lo que ha generado el surgimiento de un nuevo sector en el que determinadas compañías se convierten en proveedoras de bienes o servicios²³. Lo cierto es que la economía bajo demanda es un término «paraguas» que recoge un conjunto de modelos de negocio bastante diferentes entre sí, aunque compartiendo el elemento común de una plataforma digital que actúa como intermediario entre los consumidores y los proveedores de bienes y servicios. Por ello, se hace necesario diferenciar la economía colaborativa propiamente dicha de las fórmulas de *crowdsourcing* en

19 WEIL, D., *The Fissured Workplace. Why work became so bad for so many and what can be done to improve it*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2014, p. 43.

20 MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2022 (31.ª ed.), p. 251.

21 Una exposición detallada y actualizada de esas múltiples fórmulas puede encontrarse en RODRÍGUEZ CARDO, I., ÁLVAREZ ALONSO, D., «Multipart work relationships in Spain: Legal provisions and emerging trends», *European Labour Law Journal*, vol. 13, n.º 4, 2022.

22 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 2 de junio de 2016: Una Agenda Europea para la economía colaborativa (COM(2016) 356 final).

23 RAMOS QUINTANA, M., «Un soporte jurídico para el trabajo digital, ¿qué trabajo?», *Trabajo y Derecho*, n.º 47, 2018.

las que se articula una auténtica prestación de servicios profesional y donde la plataforma no se limita a ser un simple intermediario, sino que se implica directamente en garantizar la calidad de dicho servicio²⁴.

En lo que a nosotros ahora interesa, la representación y participación de los trabajadores en la empresa, las nuevas fórmulas de organización descritas potencian tres fenómenos que afectan directamente a la configuración y eficacia de dicha representación. No se trata en realidad de circunstancias de reciente aparición, sino más bien de elementos ya existentes que se han visto potenciados de forma exponencial en los últimos años. El primero de ellos viene dado por lo que podemos llamar en general el aumento de la precariedad laboral. Ya hemos visto como el *fissured workplace* tiene una fuerte incidencia a la baja sobre las condiciones de trabajo. Esa situación más precaria, dificulta la defensa por parte de la plantilla de sus derechos laborales y la organización colectiva. Dato que se agrava por el hecho de que la atomización del trabajo y la irrupción de las plataformas llevan aparejada otra consecuencia añadida: el cada vez mayor aislamiento de los trabajadores entre sí, lo que supone un obstáculo evidente para la organización y la acción colectiva²⁵.

Pero no se trata sólo de precariedad en los contratos de trabajo. La aparición de formas de prestación de servicios no laborales, pero con similares niveles de dependencia o subordinación, se ha disparado en la actualidad de la mano de las nuevas formas de organización descritas. La economía de plataformas se articula precisamente sobre la base de que los prestadores de servicios no son trabajadores asalariados, sino simples autónomos, TRADES o, directamente, personas que realizan un trabajo puramente informal y, en consecuencia, al margen de toda regulación. Algo parecido sucede con la descentralización productiva. Obviamente, si estamos hablando de figuras no laborales, la articulación de una representación unitaria, tal y como la configura nuestro ET, queda totalmente descartada. Por último, hoy por hoy, resulta ya palmario que la descentralización productiva o la economía de plataformas se utilizan con frecuencia como pantalla para ocultar auténticas relaciones laborales y evitar la obligada aplicación de las normas del Derecho del Trabajo. La figura del falso autónomo y la necesidad de luchar seriamente contra el fraude aparecen aquí con toda su crudeza. Aunque ya se han dado pasos para abordar este problema, tanto en el ámbito internacional como interno, es esta una cuestión con muchas aristas que dista mucho de estar solucionada de forma definitiva.

El segundo de los fenómenos que queremos analizar es la incidencia que las nuevas formas empresariales tienen sobre la figura del centro de trabajo, clave como sabemos para la articulación de la representación de los trabajadores. Las fórmulas de descentralización productiva tienden a atomizar los centros de trabajo, lo que hace cada vez más difícil articular la representación unitaria en ellos. De hecho, estas fórmulas de descentralización, en sus diversas variantes han hecho aumentar el número de empresas caracterizadas por tener un número elevado de empleados en su conjunto repartidos en centros muy pequeños, lo que provoca que se constituyan en ellas muy escasos órganos de representación. Las cosas se complican aún más en la economía de plataformas, donde la atomización del lugar de trabajo acaba siendo simple y llana desaparición. En efecto, este modelo de negocio no necesita la existencia de un lugar de trabajo propiamente dicho, sino que la comunicación entre la plataforma y las personas que prestan los servicios se realiza por medios digitales, asumiendo estas últimas la obligación principal de mantenerse *online* para recibir los pedidos y poder responder a ellos. En este contexto, la determinación de la existencia de un centro de trabajo, tal y como lo define el artículo 1.5 ET, encuentra enormes dificultades, lo que hace que las herramientas colectivas de representación de los trabajadores pierdan puntos de anclaje²⁶.

24 TODOLÍ SIGNES, A., «El trabajador en la “Uber economy”: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario», *Trabajo y Derecho*, n.º 25, 2017. O, en otras palabras, destacar «la gigantesca distancia que existe entre lo que es verdadera solidaridad, ayuda y colaboración entre iguales (...), y lo que no es más que un modelo de negocio caracterizado básicamente por el uso intensivo de las tecnologías de la comunicación y de la información, y —dicho sea de paso— de mano de obra barata y flexible al máximo», MARTÍNEZ MORENO, C., «Nuevos empleadores y empleados, ¿hacia un nuevo concepto de relación de trabajo?», VV. AA., *Derecho y nuevas tecnologías* (FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., Coord.), Civitas, Madrid, 2020, p. 495.

25 ÁLVAREZ ALONSO, D., (2018) «Nuevas formas de organización empresarial más allá de la descentralización productiva: la “atomización del trabajo” y su impacto sobre el sistema de relaciones laborales», en VV. AA., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Cinca, Madrid, 2018.

26 ESTEBAN LEGARRETA, R., «Cuestiones sobre la articulación de la representación del personal al servicio de las

El tercero de los fenómenos viene dado por el hecho de que no es sólo el centro de trabajo lo que se atomiza, sino también las propias organizaciones. Al lado de la gran empresa dispersada en pequeños centros de trabajo, aparecen también empresas cada vez más pequeñas que se ven obligadas a competir entre sí (y con las grandes) dentro de ese «sistema solar» en que se han convertido muchos procesos productivos al aplicar las técnicas del *fissured workplace*. Aquí, superar el centro de trabajo como punto de referencia no soluciona el problema de falta de representación, porque es la propia entidad empresarial la que no llega a los umbrales que permiten la instauración de los órganos representativos. En muchos casos, los trabajadores de estas pequeñas empresas subcontratistas coinciden, no obstante, en un mismo lugar de trabajo y aúnan sus esfuerzos para conseguir un fin productivo común. Sin embargo, la rigidez formal de nuestro sistema legal de representación no permite reflejar esa realidad material que supera la personalidad jurídica de cada una de las entidades participantes. Es por ello, que la posibilidad de articular representaciones de carácter interempresarial se ha convertido en un nuevo reto que debe ser considerado desde el punto de vista de la *legue ferenda*. Es esta una línea de actuación abierta como sabemos, aunque de forma todavía muy tímida y claramente insuficiente, por los artículos 42.7 y 8 ET.

De hecho, la indiferencia de nuestro modelo hacia la existencia de redes y estructuras empresariales queda patente por la desidia que el legislador español ha mostrado a la hora de regular una figura ya tradicional y muy asentada en nuestro tejido productivo: el grupo de empresas. En materia de representación de personal, de hecho, las únicas previsiones que se han incorporado lo son por necesidad de transposición del Derecho comunitario, como es el caso de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. No deja de ser llamativo que no exista en nuestro ordenamiento una solución similar para los grupos de dimensión nacional. Podemos decir que, si a nuestra legislación le cuesta superar la figura del centro de trabajo, se muestra mucho más reacia a superar las barreras formales de la empresa como entidad. Barreras formales que, sin embargo, los nuevos modelos empresariales rebasan con cada vez más frecuencia y facilidad. La disfunción que ello provoca es evidente. De nuevo, la economía de plataformas complica aún más las cosas. Éstas sirven también como mecanismo alternativo de colaboración entre empresas, por lo que son susceptibles de crear redes inter empresariales menos transparentes y, en consecuencia, más difíciles de detectar y abordar por el derecho.

Como vamos, todas estas insuficiencias se centran en el canal de representación unitaria. ¿Son extensibles al canal de representación sindical? La respuesta a esta pregunta es clara. La representación sindical se encuentra en mejores condiciones para abordar los retos que plantean los nuevos escenarios laborales. En primer lugar, y como ya hemos señalado en otra ocasión, porque tanto nuestra regulación (Constitución y Ley Orgánica de Libertad Sindical) como nuestros tribunales han realizado una determinación del ámbito subjetivo del derecho a la libertad sindical con vocación claramente universalista. Es decir, no se limita a las estrictas fronteras del trabajo asalariado, sino que se extiende, al menos parcialmente, a los autónomos y a otras formas de prestación de servicios que reproducen situaciones de subordinación próximas o similares a las de aquél²⁷. Ello hace que la libertad sindical se vea mucho menos afectada por los retos planteados por el auge de esas otras formas de prestación de servicios.

Por otro lado, el canal de representación sindical, a través de secciones y delegados sindicales, es mucho más flexible que el unitario y se encuentra también en mejores condiciones para abordar el fenómeno de la atomización o incluso desaparición del lugar de trabajo. En efecto, la constitución de las secciones sindicales forma parte del derecho de auto organización del sindicato, por lo que su configuración y distribución es, en principio, libre. Por lo tanto, nada impide su articulación en distintos ámbitos, ya sean estos el centro de trabajo, la empresa u otras fórmulas intermedias, como puede ser la provincia o la CC. AA. Ciertamente es que, si la sección desea contar con un delegado sindical con los derechos y atribuciones que ello supone, debe ajustarse a los requisitos del artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. No obstante, ese mismo artículo señala que el delegado sindical puede constituirse en «las empresas o, en

plataformas colaborativas», en VV. AA., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Cinca, Madrid, 2018, p. 5.

27 FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., «Las relaciones colectivas de trabajo y su regulación: retos y propuestas», en VV. AA., *Acción sindical y relaciones colectivas en los nuevos escenarios laborales* (ARGÜELES BLANCO, A. R. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 38.

su caso, en los centros de trabajo que ocupen más de 250 trabajadores», lo que, tras un breve periodo de dudas jurisprudenciales, se entiende como libertad de la organización para optar por el ámbito que mejor convenga a la organización, siempre que se respeten las normas estatutarias y no se incurra en fraude de Ley²⁸.

Con todo, la regulación de la representación sindical también presenta algunas deficiencias. La más destacada de ellas viene dada, sin duda, por el elevado número de trabajadores que deben tener la empresa o el centro de trabajo para que las secciones sindicales dispongan de un delegado sindical (250). Ello limita mucho su capacidad expansiva, pues relega este tipo de representación a las administraciones públicas y a las grandes empresas. De tal modo, las posibilidades de adaptación abiertas por la flexibilidad de su regulación quedan por este simple hecho muy restringidas. Ello lleva aparejado otro efecto colateral: una gran desigualdad en la articulación de la representación de los trabajadores en las empresas españolas. Mientras que en muchas organizaciones no se dan los requisitos para constituir ningún tipo de representación, en otras, por el contrario, se constituyen y superponen todas las previstas legalmente.

La otra deficiencia clave es la vinculación que nuestro ordenamiento hace de ambos canales de representación. El canal sindical es, sí, mucho más flexible y adaptable, pero, por mandato legal, necesita del unitario para realizar una parte importante de las actividades que podemos considerar esenciales para el desarrollo de sus funciones. Ello provoca un efecto «contagio» de las rigideces de la representación unitaria a la sindical, lo que recorta sustancialmente las capacidades adaptativas de esta última. Este proceso de contagio afecta, además, a dos aspectos fundamentales del ejercicio del derecho fundamental: el sistema de medición de la representatividad y la negociación de convenios colectivos de empresa de carácter estatutario.

En el caso del primero, la medición de la representatividad a través del eco en las elecciones es un sistema muy fiable, que garantiza una gran calidad y precisión de los resultados y evita manipulaciones e inseguridades. El problema radica en que sólo muestra la opinión de los trabajadores que tienen acceso en su empresa al sistema de representación unitaria. Desde el momento en que éste, como sabemos, tiene serias dificultades para articularse en los nuevos escenarios laborales, tenemos que nuestro modelo de medición de la representatividad ofrece una foto muy fiable y fidedigna de una porción cada vez más pequeña de trabajadores y empresas, por lo que puede acabar dando una imagen distorsionada de la verdadera fuerza o influencia de las organizaciones. No creo que sea el caso en el momento actual, pero es evidente que, si no se adoptan medidas para corregir la desviación, el criterio del eco electoral puede acabar siendo poco representativo de la realidad.

Respecto de la negociación de convenios colectivos estatutarios de ámbito empresarial, sabemos que el ET permite asumir su elaboración a las secciones sindicales. Si recordamos que la constitución de dichas secciones se encuentra sujeta a reglas mucho más flexibles que la representación unitaria, parecería que se abre ahí una posibilidad de articular este tipo de negociación en ámbitos atomizados, donde es difícil que se constituyan delegados de personal o comités de empresa. No obstante, debemos puntualizar que para que el convenio pueda negociarse directamente por las secciones sindicales éstas deben contar con la mayoría de los miembros en el comité de empresa. De hecho, el Tribunal Supremo ha llevado esa flexibilidad al máximo, atribuyendo directamente la legitimación al sindicato, aunque no tenga constituidas secciones sindicales en la empresa²⁹. Aparece así otra fuente de «contagio» de las rigideces de la representación unitaria a la sindical. Aunque la creación de la sección encuentre menos obstáculos, ésta no podrá negociar convenios estatutarios si falla la unitaria.

En el caso de la designación de delegados sindicales, el Supremo ha hecho una interpretación muy flexible del requisito de la «presencia en el comité de empresa», permitiendo nombrar delegados sindicales de empresa en organizaciones con varios centros de trabajo, de los que sólo uno cuenta con representación unitaria³⁰. Sin embargo, esa interpretación flexible no es

28 Sobre el particular *vid.* ÁLVAREZ ALONSO, D., *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 73.

29 Así lo señala la STS 5679/2022, de 22 de junio (Rec. n.º 97/2020): «es al sindicato a quien corresponde originariamente el derecho a la negociación colectiva en tanto que contenido esencial del derecho de libertad sindical, siendo una cuestión interna si la negociación se realiza por el propio sindicato o por las secciones sindicales».

30 *Vid.*, entre otras, SSTS 61/2018, de 25 de enero (Rec. n.º 30/2017), 9/2020, de 9 de enero (Rec. n.º 100/2018) y 337/2012, de 23 de marzo (Rec. n.º 133/2019).

exportable a la negociación de convenios colectivos, donde el principio de correspondencia entre el ámbito de negociación y el de legitimidad del representante que negocia se considera esencial para la válida elaboración de convenios colectivos con eficacia *erga omnes*. Algunas resoluciones de los tribunales parecen abrir la posibilidad de que no se aplique este principio de correspondencia cuando se negocie con la representación sindical³¹, lo cual ha sido bien recibido por la doctrina³². Si bien conviene ser prudentes, pues la cuestión se plantea abiertamente en la Audiencia Nacional, pero no tanto en el Tribunal Supremo. Otras propuestas, como la de extender al ámbito empresarial la regla que permite negociar convenios colectivos de sector con los sindicatos más representativos en ámbitos que carezcan de representación, ya ensayada por el legislador respecto de los planes de igualdad, tendrían como efecto secundario ahondar en las deficiencias de nuestro sistema a las que aludimos en el párrafo siguiente.

Otras deficiencias de la representación sindical tienen que ver menos con la configuración legal y más con el contexto sociopolítico. La más destacada es el distanciamiento que los trabajadores de los nuevos modelos de empresa suelen tener hacia la institución del sindicato y, en general, la baja valoración social que estas organizaciones tienen en el marco de la sociedad actual³³. Se trata de un problema serio que, en cierto modo, empaña, la enorme flexibilidad y capacidad de adaptación que demuestra la regulación de la libertad sindical. Aquí, las soluciones que deben plantearse no son legales y pasan por cambios en la estrategia sindical y por el despliegue de políticas de concienciación y puesta en valor de la acción colectiva. No obstante, no puede negarse el hecho de que el alto nivel de institucionalización de los sindicatos en el ordenamiento español les ha dado gran fuerza y una posición esencial dentro del sistema democrático, pero también ha contribuido a alejarlos de las bases y de los problemas concretos de las personas trabajadoras. Esta reflexión debe tenerse muy en cuenta a la hora de plantear alternativas de solución. Aunque no se considere adecuado acometer una reforma o enmienda total al sistema, es evidente que cualquier intento de mejora debe evitar, al menos, incrementar la fuerte institucionalización ya existente.

3. Propuestas de reforma

De la descripción de las deficiencias de nuestro sistema de representación de personal que hemos hecho en las líneas anteriores ya se deduce cuál debería ser la dirección tomada por una hipotética reforma legal que pretendiera corregirlas. El esfuerzo reformador debería centrarse en la representación unitaria y debería actuar principalmente sobre la unidad de referencia para la constitución de esos órganos de representación: el centro de trabajo. No se trata de abandonar completamente ese nivel. No debe olvidarse que, aunque los nuevos escenarios laborales lo han puesto en cuestión, hay todavía una parte importante del tejido productivo para la que este ámbito de representación es el adecuado. Las reformas, así pues, deberían ir en la dirección de flexibilizar las reglas de constitución de los representantes unitarios, de manera que exista una unidad de referencia preferente legalmente pero que, a la vez, sea posible ajustarla según lo exija el tejido productivo implicado.

Llegados a este punto, coincidimos con los numerosos autores que han propuesto convertir a la empresa y no al centro de trabajo en la unidad básica para la constitución de comités de empresa y delegados de personal³⁴. Creemos que este es el módulo que permite afrontar con

31 Se trata de la SAN 13/2016, de 27 de enero (Rec. n.º. 328/2015), confirmada por la STS 730/2017, de 27 de septiembre (Rec. n.º. 121/2016).

32 NIETO ROJAS, P., "El futuro de las comisiones *ad hoc*", *Trabajo y Derecho*, n.º 96, 2022.

33 Para un análisis de la confianza en los sindicatos de la opinión pública española *vid.* RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V., GONZÁLEZ BEGEGA, S., «Opinión pública y confianza en los sindicatos españoles: contexto, indicadores y determinantes» en VV. AA., *Acción sindical y relaciones colectivas en los nuevos escenarios laborales* (ARGÜELES BLANCO, A. R. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 67 a 91,

34 *Vid.*, entre otros, CRUZ VILLAZÓN, J., «Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa», *loc. cit.*, p. 61; SALA FRANCO, T., LAHERA FORTEZA, J., «La representación de los trabajadores en la empresa», en VV. AA., *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral* (SALA FRANCO, T., Coord.), Francis y Taylor, Madrid, 2018; CIALTI, P. H., «La necesaria superación del centro de trabajo como unidad electoral», *Temas Laborales*, n.º 157, 2021, pp. 100 a 102; FERNÁNDEZ VILLAR, C., «Herramientas jurídicas y estrategias sindicales para articular la representación del personal: algunos contextos problemáticos», en *Acción sindical y relaciones colectivas en los nuevos escenarios laborales* (ARGÜELES BLANCO, A. R. Y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 208.

mejores opciones de éxito los retos que generan las nuevas fórmulas de organización empresarial y los fenómenos que están en la base de la fragmentación del centro de trabajo. No obstante, y como hemos ya señalado, es necesario permitir una flexibilización del módulo legal para permitir adaptaciones de los órganos representativos a escenarios donde resulte más adecuada la existencia de niveles inferiores de representación. Estos no tienen por qué referirse exclusivamente al centro de trabajo, sino que podrían referirse a otros niveles intermedios, como podría ser la provincia o la comunidad autónoma. La decisión sobre la implantación de estos otros niveles de representación debería ser negociada y pactada, por lo que el convenio colectivo o el acuerdo entre la dirección empresa y la representación de las personas trabajadoras debería ser el cauce adecuado para su implantación.

Esta potenciación de la negociación colectiva y cambio del nivel de referencia para la constitución de los órganos de representación requiere de una intervención legislativa. Aunque compartimos la opinión según la cual la normativa actual ya permitiría, con una interpretación adecuada, la intervención de la negociación colectiva para adaptar los ámbitos de constitución de comités de empresa y delegados de personal³⁵, lo cierto es que parece existir una arraigada convicción doctrinal y jurisprudencial que sostiene lo contrario³⁶. El arraigo de esa interpretación es tal, que sólo la intervención decidida del legislador podría permitir superarla con garantías de éxito. Por otro lado, el ET, en su Disposición Final 2.^a señala que «El Gobierno, previas las consultas que considere oportunas a las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales, dictará las normas necesarias para la aplicación del título II (...) a los colectivos en los que, por la naturaleza de sus actividades, se ocasione una movilidad permanente, una acusada dispersión o unos desplazamientos de localidad, ligados al ejercicio normal de sus actividades, y en los que concurran otras circunstancias que hagan aconsejable su inclusión en el ámbito de aplicación del título II citado». Un ejemplo de que el legislador de 1980 ya previó la posible existencia de centros de trabajo fragmentados o «dispersos», dando al gobierno una importante capacidad de adaptación. No obstante, es evidente, por el tenor de la norma, que el fenómeno de la fragmentación se concibe entonces como una excepción a la organización habitual de las empresas a la que puede darse respuesta con una intervención gubernativa de carácter técnico. Dado que en la actualidad podemos decir que la situación es radicalmente diversa, resultaría excesivo tratar de adaptar la normativa a los nuevos fenómenos por medio de dicha facultad gubernativa y no mediante una reforma completa y meditada del texto legal principal.

El abandono del centro de trabajo como unidad de referencia para la constitución de los órganos de representación unitaria en favor de la empresa resuelve gran parte de los problemas generados por el fenómeno del *fissured workplace*, aquellos que se producen *ad intra* de las organizaciones, por la existencia de unidades productivas cada vez más pequeñas. Sin embargo, no serviría para afrontar los que surgen *ad extra*, como consecuencia de los fenómenos de colaboración empresarial, como son la subcontratación, los grupos o las redes de empresas. En este punto sería conveniente que el legislador español abandone su singular «pereza» y, al menos, regule mecanismos de representación para los grupos de empresa de dimensión nacional. Para ello sólo tendría que inspirarse en la ya existente legislación para los de dimensión comunitaria, por lo que no parece que la tarea vaya a exigir excesivos esfuerzos ni vaya a suponer una conmoción dentro del ordenamiento ya vigente. También debería estudiarse la posibilidad de extender esas reglas de representación, no sólo a los grupos de empresa propiamente dichos, sino también a los casos en que exista una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas, en la línea de lo que ya prevé el artículo 87.1 ET para la negociación de convenios colectivos. Sería este un avance importante a la hora de articular mecanismos de representación que superen los límites de la empresa como entidad jurídica. Labor en la que, de nuevo, debería otorgarse un papel protagonista a la propia negociación colectiva. Obviamente, quedaría pendiente el abordaje de la dimensión interna-

35 Sobre el particular *vid.* YSÁS MOLINERO, H., «El papel de la negociación colectiva en la estructuración de la representación unitaria de las personas trabajadoras», *IUSLabor*, n.º 2, 2021, pp. 136 y 137.

36 Dicha convicción se sustenta en resoluciones como la STS 31 de enero de 2001 (Rec. n.º 1859/2000), la STS 20 de enero de 2008 (Rec. n.º 77/2007) y la STS de 7 de febrero de 2012 (Rec. n.º 114/2011), de las que la mayoría de la doctrina ha deducido una posición jurisprudencial muy rígida sobre las posibilidades de la negociación colectiva para intervenir en esta materia que, eso sí, ha sido objeto de numerosas críticas. Para un resumen de esas diversas censuras *vid.* CIALTÍ, P. H., «La necesaria superación del centro de trabajo como unidad electoral», *loc. cit.*, pp. 91 a 93.

cional del problema, cada vez más significativa. No obstante, ese es un reto que escapa a la acción de las normas nacionales y que requiere intervenciones más decididas por parte de las organizaciones competentes en dicho ámbito.

También sería conveniente hacer avanzar un paso más las previsiones sobre representación de los trabajadores de empresas subcontratistas en los números 7 y 8 del artículo 42. De entrada, debería establecerse de manera clara que esas previsiones son exigibles a todo tipo de contratas y no sólo a las mencionadas en el número 1 del mismo precepto. Por otro lado, la posibilidad de que los trabajadores de la subcontrata acudan a los representantes de la empresa principal, cuando carecen de representación propia y comparten habitualmente el mismo centro de trabajo, debería reforzarse abriéndoles el acceso a las propias elecciones para cubrir esa representación (al menos con derecho al sufragio activo), siguiendo el modelo de «comunidad de trabajo» incorporado, por ejemplo, en la legislación francesa³⁷. En nuestro país la vía podría ser la creación de un colegio electoral específico para este tipo de trabajadores.

En esos casos el requisito de no disponer de representación propia también debería matizarse en función de las circunstancias. Téngase en cuenta que, con la propuesta de configuración que aquí hemos hecho, la articulación de la representación en las empresas subcontratistas se haría preferiblemente tomando la organización en su conjunto como unidad productiva. Ello sería compatible con la creación negociada de órganos representativos en los distintos centros donde se desarrollan actividades para otros, si el tipo de actividad o el número de trabajadores afectados lo aconsejan. Allí donde esos órganos de centro no se constituyan, la participación en las elecciones a representantes de la empresa principal podría resultar una interesante alternativa, aunque no pueda afirmarse *stricto sensu* que los trabajadores de la subcontrata carezcan de representación.

La flexibilización de las unidades electorales a través de la negociación colectiva que proponemos aquí podría tener como efecto secundario no deseado que se produjera una multiplicación artificial de órganos de representación, con el objeto de aumentar el número de representantes en liza y, en consecuencia, manipular los porcentajes de representatividad sindical. De hecho, las reticencias que existen bajo el ordenamiento actual a permitir un mayor peso de la negociación colectiva en la determinación de los mecanismos de representación se justifican, precisamente, en la necesidad de evitar ese resultado. No obstante, el problema tiene una solución sencilla y es la de que la representatividad sindical se mida, no en función del número de representantes, sino en el de votos obtenidos. Con ello se conseguiría desvincular el mecanismo de medición de la forma en que se articulen las unidades electorales y, además, se obtendrían resultados más proporcionales y vinculados con el principio democrático³⁸.

Otros aspectos de la normativa actual, como pueden ser los márgenes numéricos a partir de los cuales es obligatorio constituir los órganos de representación unitaria, no parecen necesitados de modificación. Las rigideces del sistema se concentran, como hemos señalado ya, en la determinación de las unidades electorales, por lo que, una vez flexibilizadas éstas, no creemos que las dimensiones mínimas requeridas necesiten una revisión. Sí parece conveniente modificar la regla que hace voluntaria para los trabajadores la constitución de representación en las unidades entre 6 y 10 trabajadores. Coincidimos con quienes señalan que esa limitación carece de sentido en el tejido empresarial actual, cada vez más atomizado y fragmentado, si bien la interpretación flexible que el Tribunal Constitucional ha hecho de ese requisito convierte este problema en más teórico que práctico³⁹.

En relación con la representación sindical las propuestas de reforma han de ser necesariamente menores. De entrada, y como ya hemos señalado, buena parte de los problemas actuales de este tipo de representación deviene de sus puntos de conexión con la unitaria, que hacen que la rigidez de ésta se transfiera parcialmente. Por ello, las medidas destinadas a reducir la rigidez de las unidades electorales de comités y delegados de empresa tendrán también como

37 Sobre el particular *vid.* CIALTI, P. H., «La necesaria superación del centro de trabajo como unidad electoral», *loc. cit.*, pp. 116 a 119.

38 CRUZ VILLAZÓN, J., «Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa», *loc. cit.*, p. 62; LAHERA FORTEZA, J., «Crisis de la representatividad sindical: propuestas de reforma», *Revista Internacional y Comparada de relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, n.º 2, 2016, p. 13.

39 FERNÁNDEZ VILLAR, C., «Herramientas jurídicas y estrategias sindicales para articular la representación del personal: algunos contextos problemáticos», *loc. cit.*, p. 208.

efecto indirecto limitar el alcance de dicha transferencia. Será más fácil, así pues, negociar convenios colectivos con secciones sindicales de empresa y el sistema de medición de la representatividad de los sindicatos ensanchará su campo de actuación, incluyendo en la medición un mayor número de trabajadores y organizaciones productivas. Con ello quedaría resuelta una de las principales deficiencias de nuestro modelo de representación sindical. Quedarían pendientes otras, como la excesiva institucionalización y el alejamiento de las bases de las organizaciones, pero abordarlas a través de una reforma del sistema de medición podría ser contraproducente. Ya hemos sostenido en otro lugar, que una reforma del sistema de medida de la representatividad no es un simple ajuste puntual de la norma, sino que significa un cambio total del modelo español de relaciones laborales. Cambio que requeriría un enorme esfuerzo, sin garantías de que el resultado obtenido fuese a mejorar realmente la situación actual⁴⁰.

Por otro lado, discrepamos de algunas propuestas que censuran la atribución indistinta de competencias que nuestro ordenamiento realiza a ambos canales de representación: el sindical y el unitario. Estas propuestas plantean una asignación específica a cada representación de un bloque diferenciado de competencias. Así, se sugiere que las competencias que encajan más con la idea de participación de los trabajadores en la empresa (básicamente, la información y consulta) deberían asignarse en exclusiva a la representación unitaria, mientras que las de corte reivindicativo (negociación colectiva y conflicto) habrían de ser atribuidas a la sindical⁴¹. Más allá de las dificultades técnicas que plantea una distinción tan teórica entre funciones de participación y de reivindicación, creemos que la atribución indistinta de competencias, lejos de ser una deficiencia, es una ventaja del sistema español. En un contexto como el actual en que es cada vez más complejo constituir siquiera uno de los dos canales de representación (no digamos ya los dos), resulta muy conveniente desde el punto de vista práctico que, una vez que se ha conseguido implantar una de las representaciones, ésta se encuentre en disposición de ejercer todas las funciones necesarias en interés de sus representados.

Por todo ello, la única modificación relevante que parece aconsejable abordar en el campo de la representación sindical es la de los umbrales requeridos para poder designar un delegado sindical. Doscientos cincuenta trabajadores, independientemente de lo flexible que se sea con el módulo elegido para el cómputo (centro de trabajo, empresa u otros), relega este tipo de representación a organizaciones de cierta entidad, lo que la aleja de la realidad del tejido productivo de nuestro país y de las nuevas fórmulas de organización empresarial que hemos visto. Consideramos, por ello, muy conveniente una reducción de dicho umbral, para lo que podría tomarse de referencia lo ya hecho respecto de los planes de igualdad por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, situándolo en los cincuenta trabajadores.

4. Perspectivas de futuro

En conclusión, el actual sistema de representación de personal en España presenta serias deficiencias de origen, que han ido haciéndose cada vez más grandes, a medida que los modelos de organización empresarial y de articulación de las relaciones laborales se han alejado del modelo industrial fordista que, ya en los años 80, comenzaba a dar las primeras señales de retroceso. Se hace así apremiante la necesidad de una reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores, a no ser que lo que se busque sea, precisamente, una «reforma por omisión». Es decir, un cambio silencioso conseguido a través del inmovilismo de unas normas, cuya inadaptación a las nuevas realidades provoca la paulatina pérdida de relevancia y utilidad de la institución que regulan. Y lo cierto es que, buscada o no, esa puede ser la situación en la que nos acabemos encontrando, pues las perspectivas de una hipotética reforma de la materia no parecen muy halagüeñas. Ya es enormemente llamativo que, en un ámbito como el Derecho del Trabajo, donde las reformas continuas están a la orden del día, este grupo normativo haya permanecido casi intacto desde 1980.

40 *Vid.*, en extenso, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., «Las relaciones colectivas de trabajo y su regulación: retos y propuestas», *loc. cit.*, pp. 38 a 45.

41 CRUZ VILLALÓN, J., «Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa», *loc. cit.*, pp. 78 a 80; LAHERA FORTEZA, J., «Crisis de la representatividad sindical: propuestas de reforma», *loc. cit.*, p. 11.

De hecho, son muy pocas las propuestas de reforma por parte de los grupos políticos que han estado siquiera sobre la mesa. Al autor de este capítulo le constan sólo dos. Una realizada en 2018 bajo el gobierno del Partido Popular, que planteaba elevar por encima de cincuenta el número de trabajadores necesarios para la constitución de un comité de empresa. La propuesta se realizó como parte del borrador sobre el Marco estratégico de la España industrial y advertía de la existencia de «un efecto escalón» en el número de empresas por encima y por debajo de 50 trabajadores y 6 millones de facturación, como consecuencia, fundamentalmente, de que, a partir de dichos límites, aumentan la representación sindical en la empresa y sus obligaciones con Hacienda⁴². La otra propuesta fue realizada por el Gobierno de coalición y consiste en abrir la posibilidad de que los representantes de los trabajadores participen en los consejos de administración de las empresas, siguiendo el modelo alemán de «cogestión»⁴³.

Si se observan con detenimiento, ninguna de las dos propuestas aborda de frente el problema de fondo que hemos tratado de poner de relieve en estas páginas. La primera se centra, precisamente, en uno de los pocos elementos de la actual legislación que, a nuestro juicio, no necesita modificación: los umbrales de trabajadores requeridos para la constitución de los órganos de representación. La segunda supone, en puridad, una ampliación del ámbito de actuación o influencia de la representación, permitiéndole entrar en los consejos de administración, pero no plantea ningún cambio en la regulación o distribución de las unidades electorales. De hecho, es una propuesta referida, por definición, a las grandes empresas que cotizan en bolsa y no a la inmensa mayoría de nuestras Pymes. En definitiva, la solución a los problemas de despliegue de la representación del personal no parece estar en la agenda política de nuestros gobiernos, con independencia de la ideología que ostenten.

Tampoco hay indicios que apunten a un cambio de actitud en el futuro más próximo. Al menos eso parece deducirse de los documentos programáticos de los que disponemos en este momento. Por un lado, el documento «España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional a largo plazo», coordinado por la Oficina Nacional de Prospectiva y estrategia del Gobierno de España, dedica su desafío 7 a «Resolver las deficiencias de nuestro mercado de trabajo y adaptarlo a las nuevas realidades sociales, económicas y tecnológicas». Como vías de mejora se plantea una reforma de la regulación laboral, pero principalmente centrada en la lucha contra la temporalidad. Sólo al hablar de la negociación colectiva se alude a que ésta deberá abordar el debate sobre, entre otros puntos «el modelo de representatividad de los interlocutores sociales (tanto del lado sindical como del empresarial)»⁴⁴. Es decir, se considera esta cuestión como algo que han de abordar los propios actores en el ejercicio de su autonomía colectiva, no como una cuestión que merezca intervención legislativa.

La misma indiferencia política hacia la cuestión parece deducirse de otros documentos programáticos del Gobierno de España. Así, entre las 20 principales reformas del plan español de recuperación, transformación y resiliencia, aprobado por la Comisión Europea, se encuentra la adopción de un «estatuto de los trabajadores del siglo XXI»⁴⁵. Una propuesta así, formulada en tono tan ambicioso, podría incluir una adaptación en profundidad del modelo de representación del personal en las empresas para adaptarla a las nuevas realidades laborales. Sin embargo, el plan guarda silencio sobre el particular. Ninguna de las grandes reformas que se diseñan en él incide en la materia que nos ocupa, más allá de una genérica referencia a la necesaria «modernización del marco laboral y de los mecanismos de concertación laboral y de negociación colectiva»⁴⁶.

42 «Plan del Gobierno para reducir el poder sindical en las pymes», *Diario Expansión*, 12 de enero de 2018.

43 «Yolanda Díaz anuncia un plan para impulsar la “cogestión” en las empresas ante la expectación de cientos de jóvenes», *Diario El Mundo*, 14 de enero de 2022.

44 OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA (Coord.), *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional a largo plazo*, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2021, p. 289.

45 En concreto, es la reforma n.º 16, GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan de recuperación, transformación y resiliencia*, abril de 2021, p. 37.

46 *Ibidem* p. 133.

En realidad, la única solución que nuestro legislador ha planteado hasta el momento ante las crecientes dificultades de articulación de los órganos representativos es la creación de las llamadas comisiones *ad hoc*. Se trata de una figura introducida en las reformas de 2010 y 2012 para facilitar que las empresas que carezcan de representación del personal puedan adoptar medidas de adaptación a las exigencias técnicas, organizativas o de producción, como la modificación sustancial de condiciones de trabajo o los despidos colectivos. Fueron una institución muy criticada en el momento de su creación, pero parecen haberse consolidado dentro de nuestro ordenamiento. No sólo porque la última reforma laboral de 2021 no las ha modificado, sino porque otras regulaciones desarrolladas por el mismo gobierno, como son las medidas excepcionales para afrontar los efectos de la pandemia, las han incluido en su articulado⁴⁷.

La discusión política sobre estas comisiones no parece versar ya sobre la conveniencia de su existencia, sino que se centra en la forma que deben adoptar. Por una parte, ciertas posiciones defienden el mantenimiento del modelo actual del Estatuto de los Trabajadores, que permite, a elección de la plantilla afectada, recurrir, bien a una comisión sindical designada por los sindicatos más representativos o representativos del sector al que pertenezca la empresa, bien a una comisión formada por miembros de la plantilla elegidos democráticamente por sus compañeros. Por otro lado, otros posicionamientos, parecen defender la conservación de la figura, si bien sólo en su modalidad sindical, en la línea de lo establecido en la primera versión de la normativa en 2010 y, más recientemente, en la legislación de emergencia.

Sin embargo, de nuevo nos encontramos en un debate que se centra en lo accesorio y no en lo principal. Lo relevante, a nuestro juicio, no es la composición de las comisiones, sino el hecho de que éstas, al margen de quién las integre, no pueden sustituir a una representación de personal estable y duradera. Deben tomarse como lo que son: un mecanismo de urgencia para la toma de decisiones en crisis allí donde se carezca de representación con la que negociar. En ningún caso deberían concebirse como una alternativa a la existencia de dicha representación. En realidad, si se abordasen de verdad los problemas aquí puestos de relieve para la constitución de comités de empresa y delegados de personal, la operatividad de las comisiones debería quedar reducida al mínimo. Por el contrario, la desidia del legislador a la hora de abordar el problema parece abocarnos a convertir lo que debería ser excepcional en norma.

El panorama no quedaría completo sin un análisis de la posible actitud sobre una eventual reforma de los propios sindicatos y asociaciones empresariales. Ni que decir tiene que una tal reforma debería gozar del apoyo de unos y otras. No compartimos la idea, esbozada en el documento España 2050 antes citado, de que estas cuestiones pueden resolverse exclusivamente a través de la negociación colectiva, pues el estado de la cuestión requiere de una intervención legislativa. No obstante, el consenso de los actores sociales resulta esencial para el éxito de dicha intervención. Su posicionamiento, en consecuencia, se convierte en clave a la hora de evaluar las posibilidades de que aquella se lleve a cabo. Desde este punto de vista, las perspectivas no parecen tampoco muy positivas. Si se presta atención a las declaraciones y posicionamientos de las principales organizaciones en los últimos años, no parece que la reforma de la que venimos hablando sea un objetivo prioritario ni para las asociaciones patronales, ni tampoco para los sindicatos.

En el lado empresarial es posible apreciar una cierta hostilidad en parte del empresariado hacia la expansión sindical dentro de las empresas que podría producirse si se amplían las posibilidades de constituir órganos de representación. Eso es al menos lo que sugieren algunas valoraciones hechas desde ese ámbito respecto de las normas que optaron por una configuración exclusivamente sindical de las comisiones *ad hoc* y del propio recurso que la patronal CEOE interpuso contra el reglamento sobre planes de igualdad, precisamente en relación con la composición de las comisiones negociadoras de éstos⁴⁸. Esa actitud no sólo aleja la posibilidad de un acuerdo social sobre la representación de personal en la empresa, sino que apunta a un dato cuanto menos preocupante: un sector de nuestro empresariado parece no haber asimilado, no ya las bondades de lo que hemos llamado democracia en la empresa, sino el propio papel clave que la constitución otorga a los sindicatos y a la libertad sindical dentro de su modelo de relaciones laborales.

47 *Vid.* art. 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE 18 marzo).

48 Resuelto desfavorablemente por la STS 383/2022, de 28 de marzo.

Pero desde el entorno sindical tampoco soplan vientos favorables a una reforma como la propuesta. Aquí la posición no es de rechazo, pero sí de silencio. Desde luego el tema no se encuentra entre los objetivos prioritarios de ninguna de las grandes centrales sindicales. Los acuerdos inter confederales alcanzados en 1979 establecieron un modelo muy asentado y generalmente aceptado para cuya revisión o ajuste no parece haber premuras. Seguramente esa aceptación generalizada y la dificultad objetiva de que se vuelva a alcanzar un consenso tan amplio y sólido sobre una materia que incide sobre los cimientos mismos del sistema de relaciones laborales enfría mucho las veleidades reformadoras que pudieran existir dentro las propias organizaciones sindicales.

Todo parecer apuntar, en definitiva, a que existen muy pocas probabilidades de que los problemas de nuestro sistema de representación de las personas trabajadoras en la empresa sean abordados en un futuro próximo. Y ello pese a la relevancia que tienen y los efectos perjudiciales que ya se están apreciando. Eso es precisamente lo que hemos querido reflejar en el título de este capítulo. Si esta impresión se confirma, la cuestión va camino de convertirse en el gran elefante en la habitación de nuestro modelo de relaciones colectivas. Se trata, en realidad, de una manifestación particular de un fenómeno más amplio. Los grandes consensos en todos los ámbitos que se alcanzaron durante la transición en nuestro país para instaurar un régimen democrático han demostrado una gran eficacia y durabilidad. Sin embargo, el paso del tiempo exige con cada vez mayor intensidad la adopción de algunos ajustes y reformas. Desgraciadamente, las circunstancias políticas y sociales del momento actual, extremadamente polarizado, hacen muy difícil la posibilidad de adoptar tales ajustes con un nivel de consenso y aceptación similares a los de aquel periodo de nuestra historia. Tarde o temprano deberá hacerse algo al respecto, pues esa situación pone en riesgo, no sólo el buen funcionamiento de nuestro sistema institucional, sino el modelo mismo de convivencia.

5. Bibliografía

- AGUT GARCÍA, C.**, *El sindicato en la empresa (secciones y delegados sindicales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- ÁLVAREZ ALONSO, D.**, «Nuevas formas de organización empresarial más allá de la descentralización productiva: la «atomización del trabajo» y su impacto sobre el sistema de relaciones laborales», en VV. AA., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Cinca, Madrid, 2018.
- ÁLVAREZ ALONSO, D.**, *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- BALLESTER PASTOR, I.**, «La representación de los trabajadores en la empresa: La representación unitaria», en VV. AA., *Manual de Derecho Sindical* (GARCÍA NINET, I., GARCÍA VIÑA, J., VICENTE PALACIO, A., Dirs.), Atelier, Barcelona, 2017 (4.ª Ed.)
- BAYLOS GRAU, A.**, «Control, obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles», en VV. AA., *Autoridad y democracia en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1992.
- BIAGI, M.**, *Representación de los trabajadores y democracia en la empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1982.
- CABEZA PEREIRO, J.**, «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de representación de los trabajadores», en VV. AA., *Participación y acción sindical en la empresa* (CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., Coords.), Bomarzo, Albacete, 2013
- CIALTI, P. H.**, «La necesaria superación del centro de trabajo como munidad electoral», *Temas Laborales*, n.º 157, 2021.

- CRUZ VILLALÓN, J.**, «Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa», *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 1, 2016.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.**, «Cuestiones sobre la articulación de la representación del personal al servicio de las plataformas colaborativas», en VV. AA., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Cinca, Madrid, 2018.
- FERNÁNDEZ VILLAR, C.**, «Herramientas jurídicas y estrategias sindicales para articular la representación del personal: algunos contextos problemáticos», en *Acción sindical y relaciones colectivas en los nuevos escenarios laborales* (ARGÜELES BLANCO, A. R. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.**, «Las relaciones colectivas de trabajo y su regulación: retos y propuestas», en VV. AA., *Acción sindical y relaciones colectivas en los nuevos escenarios laborales* (ARGÜELES BLANCO, A. R. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- GOBIERNO DE ESPAÑA**, *Plan de recuperación, transformación y resiliencia*, abril de 2021.
- HUERTAS BARTOLOMÉ, T.**, «Nuevas normas sobre diálogo social europeo: la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 20, n.º 1, 2002.
- JEAMMAUD, A.**, «Los derechos de información y participación en la empresa. La ciudadanía en la empresa», en VV. AA., *Autoridad y democracia en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1992.
- LAHERA FORTEZA, J.**, «Crisis de la representatividad sindical: propuestas de reforma», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, n.º 2, 2016.
- MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J.**, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2022 (31.ª ed.).
- MARTÍNEZ MORENO, C.**, «Nuevos empleadores y empleados, ¿hacia un nuevo concepto de relación de trabajo?», VV. AA., *Derecho y nuevas tecnologías* (FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., Coord.), Civitas, Madrid, 2020.
- MIRANDA BOTO, J. M.^a.**, «¿Lo colectivo en el mercado interior?», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 122, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.^a N.**, *Manual de Derecho Sindical*, Comares, Granada, 2013 (8.ª ed.).
- NIETO ROJAS, P.**, «El futuro de las comisiones *ad hoc*», *Trabajo y Derecho*, n.º 96, 2022.
- OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA** (Coord.), *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional a largo plazo*, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2021.
- OJEDA AVILÉS, A.**, *Derecho Sindical*, Tecno, Madrid, 2003 (8.ª ed.).
- OLIET PALÁ, A.**, «La concertación social en la transición: la génesis de un modelo de intercambio», *Revista Espacio Tiempo y forma, Serie V, Historia Contemporánea*, n.º 13, 2000.
- RAMOS QUINTANA, M.**, «Un soporte jurídico para el trabajo digital, ¿qué trabajo?», *Trabajo y Derecho*, n.º 47, 2018.

RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Comares, Granada, 2010.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V., GONZÁLEZ BEGEGA, S., «Opinión pública y confianza en los sindicatos españoles: contexto, indicadores y determinantes» en VV. AA., *Acción sindical y relaciones colectivas en los nuevos escenarios laborales* (ARGÜELES BLANCO, A. R. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

RODRÍGUEZ CARDO, I, ÁLVAREZ ALONSO, D., «Multiparty work relationships in Spain: Legal provisions and emerging trends», *European Labour Law Journal*, vol. 13, n.º 4, 2022.

RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., «La participación de los trabajadores en la empresa», *Revista de Política Social*, n.º 121, 1979.

SALA FRANCO, T., LAHERA FORTEZA, J., «La representación de los trabajadores en la empresa», en VV. AA., *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral* (SALA FRANCO, T., Coord.), Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

TODOLÍ SIGNES, A., «El trabajador en la “Uber economy”: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario», *Trabajo y Derecho*, n.º 25, 2017.

VV. AA.:

– *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales* (RIVERO LAMAS, J., Coord.), 1980.

– *Autoridad y democracia en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1992.

– *Participación y acción sindical en la empresa* (CABEZA PERERIRO, J., FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., Coords.), Bomarzo, Albacete, 2013.

– *Manual de Derecho Sindical* (GARCÍA NINET, I., GARCÍA VIÑA, J., VICENTE PALACIO, A., Dirs.), Atelier, Barcelona, 2017 (4.ª Ed.).

– *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Cinca, Madrid, 2018.

– *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral* (SALA FRANCO, T., Coord.), Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

– *Derecho y nuevas tecnologías* (FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., Coord.), Civitas, Madrid, 2020.

– *Acción sindical y relaciones colectivas en los nuevos escenarios laborales* (ARGÜELLES BLANCO, A. R. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

WEIL, D. *The Fissured Workplace. Why work became so bad for so many and what can be done to improve it*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2014.

YSÁS MOLINERO, H., «El papel de la negociación colectiva en la estructuración de la representación unitaria de las personas trabajadoras», *IUSLabor*, n.º 2, 2021

V.

PRESENTE Y FUTURO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Carolina Martínez Moreno

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

1. Consideraciones preliminares: el eterno anhelo de modernización del modelo de negociación colectiva

Se ha convertido en un tópico¹ la afirmación de que la reforma de la negociación colectiva con el propósito de modernizarla era uno de los objetivos del Componente 23 (reforma 8) del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*², y que venía, por tanto, como el resto de los contenidos de la última reforma laboral, auspiciada e impulsada desde la UE³. Sin embargo, sin dejar de ser ello cierto, este no es un anhelo novedoso, ya que acompaña a nuestro sistema desde la misma superación y sustitución del modelo autoritario de relaciones laborales que tiene lugar en el tránsito al régimen democrático instaurado con la Constitución de 1978, que lo fue en lo político pero también en lo sindical⁴, y que elevó el derecho a la negociación colectiva a la categoría de derecho fundamental⁵. Tal vez porque ese proceso se produjo en pleno auge del que se dio en llamar el «Derecho del Trabajo de la emergencia», del que crisis y transformaciones profundas van a ser ya eternas compañeras. A ello se suma el hecho cierto de que los retoques —de detalle en este punto, aunque ciertamente relevantes— que introduce el *RDL 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*⁶ constituyan en realidad

- 1 Lo sostuve ya en MARTÍNEZ MORENO, C., «La reforma de la negociación colectiva», en la obra colectiva ARGÜELLES BLANCO, A. R. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., *Acción sindical y relaciones colectivas en los nuevos escenarios laborales*, Aranzadi, 2022, pp. 219 y ss., que es la base de esta versión algo retocada y actualizada.
- 2 Adoptado por el Consejo de Ministros del 27 de abril de 2021, presentado a la Comisión Europea el 30 de abril siguiente y aprobado finalmente en el Consejo ECOFIN del 13 de julio. Por todos, MERINO SEGOVIA, A., «Desarticulación y desactivación del sistema de negociación colectiva. El declive de la fuerza vinculante del convenio colectivo antes de la reforma laboral de 2021», *Cuadernos de Relaciones Laborales* 40(1) 2022, Monográfico, Ediciones Complutense, pp. 77-93 [<https://dx.doi.org/10.5209/crla.77640> (consultado el 11 de mayo de 2022)].
- 3 BAYLOS GRAU, A., «La reformulación del modelo de Derecho del Trabajo en la fase post-Covid: el nuevo “Estatuto del Trabajo”» [<https://baylos.blogspot.com/2022/06/la-reformulacion-del-modelo-de-derecho.html?spref=fb&m=1#> (última consulta el 9 de diciembre de 2022)].
- 4 Tal y como nos recordaba SASTRE IBARRECHE, R., en su obra *Derecho Sindical y transición política*, Tecnos, Madrid, 1987.
- 5 Por todos, CASAS BAAMONDE, M. E., «El derecho a la negociación colectiva como derecho fundamental autónomo», *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando VALDÉS DAL-RÉ* (dir. CRUZ VILLALÓN, J., GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. y MOLERO MARAÑÓN, M.ª L.), Editorial Bomarzo, 2021, pp. 91 y ss.
- 6 Un completo e interesante análisis por ALFONSO MELLADO, C. L., «Capítulo XII. La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 32/2021: orígenes y contenido», en *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico* (dir. MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.), Laborum Ediciones, Murcia, 2022, pp. 449 y ss.

la respuesta mínima al repetido eslogan sobre la necesidad de «derogar» la reforma laboral de 2010-2012 y restablecer algunos elementos o piezas clave del modelo clásico, por decirlo así, de negociación colectiva⁷. En concreto, la devolución de la prioridad aplicativa al convenio sectorial en materia salarial —combinada con un reforzamiento del papel del convenio de sector fundamentalmente en relación con las modalidades de contratación⁸ y medidas de estabilización del empleo— y la recuperación de la ultraactividad indefinida, que solventa las anomalías ocasionadas por la solución en falso proporcionada por vía jurisprudencial al problema derivado de la inexistencia de convenio de ámbito superior aplicable al término definitivo de la vigencia del convenio denunciado y no renovado. Junto a la adición de una regla —esta sí novedosa, aunque técnicamente compleja, problemática en la interpretación de su alcance y socialmente cuestionable— sobre el convenio de aplicación en el trabajo en contratas (art. 42.6 ET).

Pero la obra en la que se inserta este estudio pretende desbordar los contornos de los habituales y ya abundantes comentarios a la reforma laboral de 2021 e ir un poco más lejos en el repaso de algunos de los aspectos que han quedado en el camino y requerirían un replanteamiento en una futura reforma integral con la mirada puesta en el tan largamente anunciado Estatuto del Trabajo del siglo XXI⁹. Paradigmáticamente, y en lo que toca estrictamente al modelo de negociación colectiva, el referido a la figura de las comisiones «ad hoc» como instrumento de negociación de las medidas de ajuste de empleo en la empresa de alcance colectivo que establece como patrón de regulación el intacto art. 41.4 ET, extensivo a los supuestos de movilidad geográfica, reducciones de jornada y suspensiones de contrato por causa empresarial, despido colectivo y descuelgue (arts. 40, 47, 51 y 82.3 ET). Corregido para los ERTES COVID-19 y, con afán y alcance más estructural, para la negociación de los planes de igualdad de conformidad con la normativa reglamentaria que se contiene en el *Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro* y se modifica el *Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo*¹⁰. Esta norma optó decididamente por el modelo de las comisiones «ad hoc» sindicalizadas¹¹, generando con ello algunas fricciones al dar lugar a que por parte de la CEOE se suscitase ante el TS su posible carácter *ultra vires*. Duda que resolvió en sentido desestimatorio la Sala de lo Contencioso-administrativo del Alto Tribunal en sentencia de 28 de marzo de 2022 (Rec. 359/2020) ECLI:ES:TS:2022:1190, esencialmente sobre la base argumental del papel institucional atribuido a las organizaciones sindicales por la Constitución española (arts. 7 y 28.1 CE).

Otra tarea que me parece urgente afrontar consistiría en una verdadera renovación, actualización y apertura en los criterios para delimitar los ámbitos funcionales de los convenios sectoriales, entre otras razones, porque ello podría contribuir a solventar más eficazmente el problema del convenio aplicable a las empresas auxiliares y de servicios¹². Más allá de la tibia y —ya se ha dicho— técnicamente problemática solución que ha dado el nuevo art. 42.6 ET al trabajo en

7 Sobre el sentido y alcance de las reformas de 2010-2012, véase por todos CASAS BAAMONDE, M.^a E., «Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de Relaciones Laborales», *Cuadernos de relaciones laborales* vol.32, n.º 2, 2014, pp.275 y ss. Sobre la reforma 2021, entre otros muchos, puede verse ALFONSO MELLADO, C. L., «La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021: orígenes y contenido», *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico* (dir. MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.), *cit.*, pp. 449 y ss.; y CRUZ VILLALÓN, J. «El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva», *Labos*, Vol.3, N.º.1, pp. 134 y ss. [<https://doi.org/10.20318/labos.2022.6849> (última consulta, 27 de diciembre de 2022)]; más resumidamente, LAHERA FORTEZA, J., *Manual de negociación colectiva*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2022, pp. 185 a 190.

8 CASAS BAAMONDE, M.^a E., «Una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales. Conclusiones del debate del grupo FIDE», *Derecho de las relaciones laborales* n.º 3, 2016, pp. 295 y ss.; y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. y Casas Baamonde, M.^a E., «Una propuesta sobre un Derecho del Trabajo renovado», *Derecho de las relaciones laborales* n.º.8, 2020, pp. 1009 y ss.; y también SALA FRANCO, T. (dir.), *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Ed. Francis Lefebvre, 2018.

9 Ver STS de 31 de marzo de 2022 (Rec. 59/2020).

10 BOE 14 de octubre.

11 Me he ocupado de ello en varias ocasiones, la última en MARTÍNEZ MORENO, C., «Los acuerdos de regulación de los Planes de Igualdad», *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, *cit.*, pp. 189-201.

12 Ya lo apunté —con abundante soporte doctrinal— en MARTÍNEZ MORENO, C., «La autonomía colectiva y sus medios de expresión», en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT, XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTMSS, Madrid, 2019, pp. 275-308. Y antes en MARTÍNEZ

contratas. Desde luego, una correcta y eficiente articulación de la estructura de la negociación, que no se logra pese a los esfuerzos del RDL 32/2021 por otorgar un mayor protagonismo y una preeminencia, seguramente rígida en exceso o corta de miras y poco versátil, al convenio sectorial. Una redefinición más clara de las relaciones entre autonomía colectiva e individual, que sigue suscitando situaciones litigiosas¹³. Y, con toda probabilidad, y pese a que estadísticamente haya tenido poco recorrido, un replanteamiento de la figura del descuelgue¹⁴, tal vez en la línea de reforzamiento de los medios autónomos de solución de los conflictos que apunta la nueva regulación del fin de la ultraactividad; y también en conexión con la reformulación del procedimiento de negociación de las medidas de ajuste del art. 41.4 ET. Algunas de estas cuestiones —todas no es posible— se abordarán con un poco más de detalle en el presente capítulo. Para terminar con un repaso, un mero punteo, de ciertos aspectos del contenido del convenio que están necesitados de una verdadera modernización, de significativos espacios de regulación que, de manera incomprensible, siguen sin estar cubiertos y ordenados por la autonomía colectiva.

2. La prioridad aplicativa del convenio de empresa: el valor de las cosas pequeñas

Tal vez convenga recordar que la prioridad aplicativa del convenio de empresa se introdujo por primera vez, en un anhelo de lograr una descentralización adaptativa y dinámica de la desvertebrada estructura de nuestra negociación¹⁵, en el *RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva*¹⁶. Si bien la novedosa previsión acogía en ese momento un considerable margen de respeto a la autonomía colectiva, al atribuirle a la nueva regla carácter disponible para la negociación marco o el convenio de estructura de conformidad con lo dispuesto en el art. 83.2 ET. Las materias respecto de las que podía tener preferencia el convenio de empresa eran ya entonces las mismas que unos meses más tarde mantendría el *RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*¹⁷, incluida la cuantía de los salarios, a la par que la consideración del listado como un *numerus clausus*¹⁸. Sin embargo, la reforma del 2012¹⁹ le dio un giro sustancial o cualitativo a esta cuestión, al configurar la prioridad aplicativa del convenio de empresa como norma de carácter indisponible; y, al mismo tiempo, concebir la definitiva apertura al descuelgue estructural del nivel de empresa respecto del convenio sectorial con una lógica económica bien clara, la negociación a la baja de las condiciones de trabajo, particularmente, las salariales. Cosa que no tardó en comprobarse.

La repercusión en la práctica de las nuevas reglas sobre concurrencia, a tenor de la tasa de cobertura y del número de trabajadores afectados por convenios de ámbito empresarial res-

MORENO, C., «Algunos apuntes sobre la fijación del ámbito funcional de los convenios colectivos y la selección del convenio aplicable en la empresa», *Actum Social, Actualidad Mementos* n.º 141, 2018, pp. 26 a 30.

- 13 Últimamente, sobre los pactos individuales en masa, la STS de 15 de junio de 2022 (Rec. 52/2020), que declara la nulidad de una cláusula contractual que impone a los trabajadores la obligatoriedad de la realización del servicio de guardia, declarando vulnerado el derecho de libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva y condenando a la demandada al pago a cada una de las organizaciones sindicales demandantes de 3.126 euros por daño moral; o la STS de 6 de septiembre de 2021 (Rec. 65/2020), que recoge la doctrina de la propia Sala (STS de 20 de junio de 2019, Rec. 98/2018) y del Tribunal Constitucional (SSTC 225/2001 y 238/2005).
- 14 Una interesante reflexión sobre cómo no haber tocado ese elemento incide en el alcance del resto de materias afectadas por ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Ultraactividad del convenio colectivo», en *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022* (ed. GARCÍA MURCIA, J.), KRK Ediciones, 2022, pp. 547 y ss.; y también sobre la pervivencia sin cambios del descuelgue, VILA TIERNO, F., *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 115 y ss.
- 15 Con alusión a tan fatigado término de flexibilidad, VILA TIERNO, F., *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva...*, *cit.*, pp. 31 y ss.
- 16 BOE 11 de junio. Nos recuerda que el origen de la reforma de 2012 se encuentra ya en las de 2010 y 2011 PÉREZ CAPITÁN, L., «La reforma laboral de 2021 y los cambios en la negociación colectiva», *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, n.º 13-Año 2022-Vol.I., pp. 64 a 66.
- 17 BOE 11 de febrero.
- 18 STS de 2 de diciembre de 2020 (Rec. 86/2019) ECLI:ES:TS:2020:4107.
- 19 Que culmina en este punto en la Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE 7 de julio).

pecto de los que lo están por convenios sectoriales, no se puede calificar como espectacular o de una significativa envergadura, al menos en términos cuantitativos. Entre otras razones, por la escasez de empresas que, por dimensión y consiguiente falta de interlocución, pueden verdaderamente desarrollar una negociación colectiva; y por el escaso volumen de empleo que suponen las que sí pueden suscribir un convenio propio y optan por hacerlo en esa unidad; de modo que —por desconocimiento, desinterés, economía de medios o desincentivo de la competencia interempresarial en términos de costes— la mayor parte del empleo asalariado se sigue encontrando bajo el paraguas de la negociación colectiva de carácter sectorial²⁰. Cosa bien distinta es que el mecanismo sí lograra en la práctica abrir una vía de fuga o generar un nuevo fenómeno de huida, esta vez del convenio de empresa respecto de los estándares del sectorial; en suma, una espita a una negociación a la baja, desarrollada fuera del terreno de juego en el que desenvuelven su papel los principales actores del sistema —las organizaciones empresariales y sindicales más representativas o representativas en el sector—, con la consiguiente augurada degradación de las condiciones de trabajo y, a la vez, una competencia entre empresas basada exclusiva o principalmente en la reducción de los costes salariales²¹. Y que, por si fuera poco, con ello también se propiciara que en cierto tipo de empresas se perpetraran prácticas de negociación abusivas, conformándose «unidades de negociación oportunistas» y negociándose con «representaciones sospechosas»²². Prácticas que los tribunales no han dudado en calificar en ocasiones como verdaderos fraudes de ley, como de inmediato se verá.

En la multitud de casos en que se ha dado el fenómeno, el método ha consistido en acometer procesos de negociación con órganos de representación del personal electos —en ocasiones, también de dudosa legitimidad desde el punto de vista de su proceso de elección o de su composición, de ahí el calificativo de «sospechosos»—, de solo uno o algunos de los centros de trabajo que integraban la empresa; y con la pretensión de hacerlos pasar por convenios de alcance general, aplicables a la empresa en su totalidad. La anomalía era doble, por una parte, porque la jurisprudencia —en una razonable aplicación estricta de la regla de excepción del art. 84.2 ET— había sentado de manera terminante que la prioridad aplicativa no alcanzaba a los convenios de ámbito inferior a la empresa, desde luego, no a los convenios de centro de trabajo²³. La segunda desviación estribaba en la quiebra del principio de correspondencia, que supone que la capacidad representativa del sujeto que negocia ha de tener una correlación con el alcance y ámbito al que se pretende extender la aplicación del convenio²⁴; recuérdese, de un convenio de eficacia normativa y general o *erga omnes*. Esa quiebra dio lugar a una generalizada impugnación de ese tipo de acuerdos ante la jurisdicción social que no dudó en calificarlos como ilegales y nulos. Primero la Sala de lo Social de la AN y luego el TS acogieron esa solución en una serie de varias decenas de sentencias, entre ellas, la STS de 22 de marzo de 2017 (Rec. 126/2016) ECLI:ES:TS:2017:1279, que incorpora un balance y repaso de todos los casos precedentes²⁵.

El máximo y más impactante exponente de lo que no puede calificarse sino de audaz ocurrencia se encuentra en asuntos como el caso *Hottelia II*, sobre el que versa la STS de 2 de febrero

20 Lo ilustra con mucha claridad VILA TIerno, F., *op.cit.*, pp. 98 y 99.

21 Lo ha recordado hace poco BALLESTER PASTOR, M.^a A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Gobierno de España, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, p. 156; pero ya antes, con propuestas de reforma, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., «La prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa: límites e incidencia sobre los fenómenos de descentralización productiva», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n.º 52, 2018, pp. 166 y ss.

22 MERCADER UGUINA, J. R., «El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?», *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario 'La reforma laboral de 2021', pp. 111-128 / doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6643> (última consulta el 16 de mayo de 2022).

23 Por todas, STS de 8 de febrero de 2022 (Rec. 20/2020) ECLI:ES:TS:2022:615, con referencia a las anteriores de 27 de enero de 2022 (Rec. 33/2020); y de 22 de septiembre de 2016 (Rec. 248/2015).

24 Entre otros, véase ROJO TORRECILLA, E., «El principio de correspondencia: significación y consecuencias», en *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando VALDÉS DAL-RÉ* (dir. CRUZ VILLALÓN, J., GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. y MOLERO MARAÑÓN, M.^a L.), Editorial Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 327 y ss.

25 *Vid.* CRUZ VILLALÓN, J., «La estructura de la negociación colectiva: claves para su mejora», *NET21* Número 1, Marzo 2021, pp. 9 y ss. [<https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/La-estructura-de-la-negociacion-colectiva.pdf> (consultado el 16 de mayo de 2022)].

de 2021 (Rec. 128/2019, ECLI:ES:TS:2021:401)²⁶, que no duda en declarar la nulidad de un falso convenio colectivo de empresa negociado en las circunstancias insólitas que a continuación se describen. Para empezar, se trataba del segundo convenio que se suscribía en la empresa con los mismos delegados de personal de dos de los centros de trabajo que en total componen la empresa, uno de ellos, a la sazón, Jefe de Administración de la propia compañía, y que ya habían integrado la comisión negociadora del primer convenio anulado anteriormente por quiebra del principio de correspondencia. Se da la circunstancia de que la inicial demarcación del ámbito territorial y funcional del convenio sí se había corregido en la segunda versión, precisamente para sustituir la referencia del alcance a todos los centros de trabajo que la empresa tiene en el territorio nacional por el de su afectación a únicamente esos dos centros representados en la comisión negociadora (Madrid y Baleares). Pero lo que la Sala valora en este segundo caso es, sobre todo —y al margen de que los dos integrantes de la comisión negociadora se habían elegido ya en 2013 unos pocos días antes de iniciarse el proceso de negociación del convenio y claramente con vistas a poder concluir el acuerdo—, que no existió una verdadera negociación, puesto que el texto final se firma tras un muy breve espacio de tiempo, en tres únicas reuniones en las que no tuvo lugar debate o intercambio de contrapropuesta alguna. Por otro lado, el texto sometido a esa pantomima negociadora incluye las mismas tablas salariales de la versión anterior que databa ya de 2013, sin una mínima actualización a la altura del año 2018; además de una jornada anual de distribución mensual irregular ilimitada, vigencia para trece años, y retroactividad de cinco, justo los que habían transcurrido desde la anulación del convenio inicial; consistiendo el resto de la regulación en mera transcripción literal de la normativa legal. En esta tesitura, la Sala de lo Social del TS no duda en desestimar el recurso de la empresa cuya actuación considera una mera imposición unilateral de condiciones precarias, confirmando el pronunciamiento de instancia sobre la nulidad del convenio. Pero lo más interesante es que no lo hace sobre la base de la consabida quiebra del principio de correspondencia —recuérdese que el alcance del convenio había sido corregido para circunscribirlo a los dos únicos centros de trabajo con representación en la comisión negociadora—, sino, simple y llanamente, de la consideración del supuesto como un auténtico fraude de ley, y por aplicación estricta del art. 6.4 del Código Civil.

Con independencia de este grupo de supuestos absolutamente anómalos, y como ya he tenido la oportunidad de decir en algún otro lugar²⁷, la articulación de los convenios colectivos de distinto nivel y la solución de los problemas de concurrencia conflictiva entre convenios de distinto ámbito es una de las cuestiones más difíciles de resolver normativamente de las muchas que integran el régimen jurídico de la negociación colectiva. Incluso más allá del plano estrictamente formal o técnico, calibrar las repercusiones y efectos que de la regulación legal se puedan derivar en la esfera del funcionamiento de los sistemas de relaciones laborales en los distintos territorios, la competencia entre empresas, la equidad en las condiciones de trabajo y empleo, o la pura racionalidad económica, no es tarea fácil de realizar. Pese a todo —y aunque se haya podido calificar como un avance sustancial respecto de la situación creada por la reforma de 2012—, el cambio que introduce el RDL 32/2021 en relación con esta cuestión ha quedado reducido a la mínima expresión, en el sentido de que las pautas o líneas directrices sobre la concurrencia de convenios que se contenían en el art. 84 ET permanecen en su diseño general intactas. Y así, se mantiene tal como estaba la regla general según la cual, y salvo que otra cosa se dispongan en un acuerdo marco negociado conforme a lo dispuesto en el art. 83.2 ET, durante la vigencia de un convenio colectivo, este no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto.

Tanto la doctrina científica como una jurisprudencia bien consolidada se han venido ocupando de aclarar que la ordenación de la concurrencia entre convenios, en un sistema estructurado sobre la base de la diversidad de sujetos legitimados para negociar y en la dispersión de las unidades de negociación, se traducían en realidad en una simple prioridad aplicativa del convenio anterior en el tiempo —por mor del principio «*prior in tempore*»—,

26 El pronunciamiento cuenta con precedentes en las STS de 10 de julio de 2019 (Rec. 49/19) y 17 de marzo de 2020 (Rec. 136/2018).

27 MARTÍNEZ MORENO, C., «Límites a la prioridad aplicativa del convenio de empresa», en *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022* (ed. GARCÍA MURCIA, J.), KRK Ediciones, 2022, p. 521.

cuya pacífica o no controvertida aplicación se pretende garantizar preservándolo de eventuales colisiones o invasiones por convenios de distinto ámbito —territorial o de sectores fronterizos— negociados y vigentes con posterioridad. Si bien esa misma jurisprudencia clarifica que ello no debe ser interpretado como una prohibición de negociar en esos otros ámbitos —lo que sería difícilmente compatible con el respeto a la autonomía colectiva y capacidad negociadora de las organizaciones o sujetos legitimados en dichas unidades—; y que, por ende, tampoco supondría la nulidad de esos otros convenios posteriores afectantes. La solución es, pues, que ambos convenios permanecen vigentes y válidos, pero sólo el anterior en el tiempo es aplicable en su ámbito propio hasta tanto se agote el alcance temporal pactado y previsto en el convenio. En ese momento, el convenio posterior podría pasar a ocupar el lugar de aquel²⁸. Adviértase, además, que los tribunales han descartado que la prohibición de concurrencia se extienda al periodo de ultraactividad del primer convenio, abriéndose paso entonces a un posible cambio de unidad²⁹. Solución que, no obstante, se ha combinado con otra de signo diverso, proclive a la preservación, al menos por un tiempo razonable y prudencial, de la unidad ya consolidada y al otorgamiento de un cierto margen para posibilitar la renovación del convenio denunciado en ese mismo ámbito, esgrimiendo a favor de esta alternativa el deber de negociar del art. 89.1 ET y de agotar la potencialidad de alcanzar acuerdos³⁰.

Así y todo, la regla general sobre la prohibición de concurrencia se acompaña de una regla especial y de alguna excepción. La regla especial se refiere a los convenios de comunidad autónoma, y existe desde la reforma laboral de 1994, siendo su propósito y finalidad garantizar la singularidad de los sistemas de relaciones laborales y negociación existentes en algunos territorios, con especial incidencia en el caso del País Vasco. Se trata de un principio de articulación entre convenios basado en un verdadero reparto competencial entre los convenios estatales y autonómicos. Para ello, el art. 84.3 ET permite —de nuevo salvo que otra cosa se disponga en los acuerdos a los que se refiere el art. 83.2 ET— que las organizaciones que en el ámbito de una comunidad autónoma reúnan los requisitos de legitimación de los arts. 87 y 88 ET y las mayorías necesarias para la válida constitución de la comisión negociadora puedan negociar en dicho ámbito acuerdos o convenios sin perjuicio de la eventual existencia de un convenio estatal. De todos modos, el art. 84.4 ET enumera ciertas materias no negociables a nivel autonómico —se entiende, siempre que exista previamente un convenio estatal vigente—, que serán las siguientes: el período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica. Y, una vez más, siempre que en la negociación marco no se disponga otra cosa, de modo que el convenio estatal o el marco vuelven a ser la llave que puede habilitar soluciones distintas, en un sentido y otro, para la negociación de ámbito autonómico³¹.

Por su parte, las excepciones a la regla general son dos: la primera, como se acaba de decir, la que puede provenir de un acuerdo marco o de estructura en los términos previstos en el art. 83.2 ET. Téngase en cuenta que algunos convenios estatales de señalados sectores asumen ese papel de ordenación de la negociación en los ámbitos inferiores. Lo que sería sin duda una correcta tendencia en el futuro para el logro de una verdadera articulación de la negociación colectiva. La segunda excepción es justamente la que se refiere a la prioridad aplicativa del convenio de ámbito empresarial, considerado desde los sectores más críticos con la reforma laboral 2011-2012 como uno de los aspectos «más lesivos» y —abandonada la idea de «derogación» *in integrum*— de los que había que revertir³².

28 Ver STS de 21 de diciembre de 2005 (Rec. 45/2005) ECLI:ES:TS:2005:7920; y SSTS de 5 de octubre de 2021 (Rec. 4815/2018) ECLI:ES:TS:2021:3749; y de 26 de enero de 2022 (Rec. 33/2020).

29 STS de 5 de octubre de 2021 (Rec. 4815/2018), con cita de la ya antigua STS de 29 de enero de 1992 (Rec. 886/1991); y en el mismo sentido, la posterior STS de 26 de enero de 2022 (Rec. 33/2020).

30 SSTS de 16 de julio de 2001 (Rec. 3953/2000), de 21 de junio de 2006 (Rec. 142/2003) o de 9 de febrero de 2010 (Rec. 112/2009), todas anteriores a la más citada en este sentido, la de 30 de diciembre de 2015 (Rec. 255/2014).

31 Entre otras, STS de 27 de octubre de 2010 (Rec. 53/2009).

32 VILA TIerno, F., *op.cit.*, pp. 57 y ss.

El alcance de la modificación que se lleva a cabo en este punto por el RDL 32/2021 es, sin embargo, objetivamente limitado, aunque cualitativamente trascendental³³, porque el vigente art. 84.2 ET sigue manteniendo la posibilidad de negociar un convenio de empresa en cualquier momento de la vigencia de un convenio de ámbito superior, y en relación con prácticamente todas las materias a que con anterioridad ya se aludía: 1.º) abono o compensación de las horas extraordinarias y retribución específica del trabajo a turnos; 2.º) horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos y planificación anual de las vacaciones; 3.º) adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; 4.º) adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa; 5.º) medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal; y 6.º) aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

Lo trascendental de la alteración es que han quedado fuera de la prioridad aplicativa del convenio de empresa las dos materias centrales o críticas de la ordenación de las condiciones de trabajo, las que se encuentran en la base y esencial del objeto mismo del contrato. Una que ya lo estaba, la jornada, la cuantificación del tiempo de trabajo; y, la verdadera novedad, la cuantía del salario, con la salvedad de la específica del trabajo a turnos. En el bien entendido de que la mención del «abono o compensación de las horas extraordinarias» ha de entenderse estrictamente referida a la opción por el modo de compensación, no al precio de la hora extra. Y habida cuenta que los tribunales ya habían aclarado que la estructura salarial, los conceptos que integran la retribución, no era posible considerarla comprendida en la enumeración del 84.2 ET³⁴; como tampoco lo eran las partidas extrasalariales, como el plus de transporte³⁵. En definitiva, la reforma de 2021-2022 lo que ha logrado es un blindaje de la materia salarial, que no podrá rebajar en el ámbito de la empresa los estándares o los umbrales de las cuantías que fijen los convenios de ámbito sectorial. Para ningún concepto, con excepción de la turnicidad.

El resto de materias podría decirse que son, por su propia naturaleza, aspectos de la ordenación del trabajo asalariado que pertenecen a la autonomía organizativa de cada empresa y a la necesidad de adaptación de la normativa general a sus concretas características. El caso paradigmático es el de los sistemas de clasificación profesional o el de las modalidades contractuales, si bien en este último supuesto el alcance de la norma va a requerir un considerable esfuerzo exegético que permita armonizar la regla de la prioridad aplicativa del convenio empresarial con las frecuentes remisiones al convenio sectorial que ha incorporado en este punto el propio RDL 32/2021. Por lo que atañe a las medidas de conciliación y corresponsabilidad, se encuentran estrechamente vinculadas o condicionadas por la composición y características de las plantillas, así como por las concretas necesidades y situaciones de las personas que las integran. Y no es aventurado afirmar que son materias integrantes del contenido propio de un convenio o acuerdo de empresa, como prueba que lo sean de los planes de igualdad, que no dejan de ser acuerdos producto de la negociación colectiva en dicho concreto ámbito³⁶. Sin perjuicio de que nada impide que puedan ser ordenadas en sus grandes líneas directrices también en la negociación del sector.

Tampoco ha cambiado, por cierto, la extensión de la aplicación preferente o prioridad aplicativa a los convenios de grupo y red de empresas; así como el carácter indisponible de la regla para los convenios o acuerdos marco (art. 83.2 ET). Esto último, tal vez merecedor de una futura reconsideración, si hubiere ocasión de una reforma del ET de mayor calado.

Lo que, con toda probabilidad, tampoco parece dudoso es que, de acuerdo con un diseño que admite la relación de complementariedad entre convenios de distinto nivel, se mantenga el criterio sobre la habilitación al convenio de empresa, incluso al de centro de trabajo, para que pueda aplicarse durante la vigencia del sectorial en aquellos aspectos no regulados o en los que

33 Puede verse, entre otros, MERCADER UGUINA, J. R., «El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?», *Labos*, Vol. 3, 2021, pp. 111 y ss.

34 Por todas, STS de 2 de diciembre de 2020 (Rec. 86/2019) ECLI:ES:TS:2020:4107.

35 STS de 26 de mayo de 2021 (Rec. 171/2019).

36 De su vertiente como verdaderos productos de la negociación colectiva me ocupé en MARTÍNEZ MORENO, C., «Los acuerdos de regulación de los Planes de Igualdad», en *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando VALDÉS DAL-RÉ*, cit., pp. 189-201.

lo mejor, tal y como reconoce la STS de 27 de enero de 2022 (Rec. 33/2020)³⁷. Creo que la pretensión de blindar la materia salarial para evitar regulaciones a la baja o que devalúen las condiciones laborales como las que se han conocido no resulta incompatible, sino lo contrario, con esa eventual mejora de las condiciones de trabajo, también las salariales, a nivel empresarial. Aunque esta sea una lógica o una dinámica poco frecuente en nuestro panorama negociador.

Por otro lado, parece también claro que, si el convenio de empresa precediera al sectorial, por aplicación estricta de la regla general del art. 84.1 ET —que, como se ha señalado, no se ha visto alterada—, siga aquél teniendo prioridad aplicativa respecto del convenio posterior del sector. Al margen de todo lo cual estaría la normativa específica sobre el convenio aplicable a las contratas (art. 42.6 ET); y, desde luego, las reglas de aplicación en el tiempo de este nuevo marco, a las que a continuación se hace referencia³⁸.

Una última vertiente de la modificación del art. 84.2 ET —no fácil de interpretar— es precisamente la referida al régimen transitorio de esta nueva regulación³⁹. La norma transitoria es triple: por una parte, nos dice que el nuevo art. 84.2 ET se aplicará a los convenios anteriores por referencia expresa a los «convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad» a la entrada en vigor del RDL 32/2021, una vez que aquellos pierdan su vigencia expresa (la pactada, excluyendo por tanto la fase de ultraactividad). Y, en todo caso, como máximo, en el plazo de un año desde aquella entrada en vigor. Una segunda previsión que adolece igualmente de cierta oscuridad es la relativa a que el nuevo precepto no pueda dar lugar a la aplicación del mecanismo de la compensación y absorción, o afectar a los derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras. Dejando a salvo que los convenios nunca han sido generadores de condiciones más beneficiosas, salvo por la posibilidad de que incluyan cláusulas de garantía *ad personam*, tal vez lo que se quiera decir es que, caso de que el convenio de empresa fuese más beneficioso o contuviera un salario superior, pueda seguir aplicándose el mismo. Y, por fin, la transitoria se cierra con una referencia a un plazo adicional, de seis meses, para que los «textos convencionales» se adapten a «las modificaciones» (en plural) del art. 84.2 ET. Y que se contarán desde que «estas resulten de aplicación» según lo dispuesto en el párrafo primero. Puesto que la modificación del precepto contiene o se refiere a una regla de estructura y articulación de convenios, la alusión a los contenidos («textos») de los convenios no se entiende del todo bien, salvo que se interprete como una regla atinente, precisamente, a cláusulas relativas a la articulación y reparto de materias entre convenios de distinto ámbito contenidas en acuerdos marco o en los propios convenios sectoriales o, en su caso, de empresa. Y, en fin, también es probable que esté pensada para obligar a revisar en el plazo indicado (12 + 6) los convenios de este último ámbito, el empresarial, que establezcan salarios por debajo de los que estipula el convenio de sector. Pero, en suma, esta última es una regla poco clara y que ha sido susceptible de multitud de alternativas interpretativas y puede dar lugar a la necesidad de un criterio judicial unificado y uniforme.

3. La determinación del convenio aplicable en el trabajo en contratas: lo que pudo ser y no fue

La cuestión relativa al convenio de aplicación en el trabajo en contratas sí constituye una verdadera novedad, puesto que no se trata de un cambio ni de una reversión en una regulación preexistente. Si bien es cierto que, como ya se ha adelantado y se tratará de explicar a continuación, no supone un giro radicalmente transformador del estado de cosas precedente, entre otras razones, porque ya contaba con algún antecedente judicial. A lo que se suma el hecho de que la aparente sencillez y claridad que de una primera lectura serían predicables de la norma, enseguida han ido dando paso a serios problemas interpretativos, que podrían dar al traste con el que pudiera haber sido el propósito de los artífices de la modificación —agentes sociales y gobierno—, augurando soluciones discrepantes y un largo e incierto proceso para una unificación doctrinal.

37 Y la STS de 26 de julio de 2022 (Rec. 23/2021) respecto de un pacto de salario global que supone una mejora respecto de lo establecido en el convenio sectorial de aplicación.

38 Véase, a ambos respectos, GOÑI SEIN, J. L., «Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable», en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales*, n.º 13-Año 2022-Vol.I, pp. 81 y ss.

39 Disposición transitoria sexta RDL 32/2021

No se descubre nada nuevo al afirmar que la previsión que incorpora el art. 42.6 ET responde a una muy demandada medida profiláctica y de justicia para los efectos perversos provocados por lo que he denominado en reiteradas ocasiones precedentes las externalizaciones salvajes⁴⁰. Principalmente, la incuestionable degradación de las condiciones de trabajo como consecuencia de la «huida» por parte de las contratistas y subcontratistas del convenio del sector de pertenencia de la empresa principal; que, por si fuera poco, ofrece una dimensión de género indudable, por el impacto adverso que ha tenido en el empleo de colectivos feminizados, como es el caso paradigmático de las camareras de piso. No en vano la propia exposición de motivos de la norma reformadora alude expresamente a estas trabajadoras⁴¹. Sin perjuicio de lo cual, no resultan de menor interés otros propósitos de enmienda de parejos inconvenientes o anomalías como es la competencia desleal interempresarial o el poco diáfano funcionamiento, en general, del mercado de las contrata⁴².

El nuevo ordinal 6 del art. 42 ET⁴³ dispone que el convenio de aplicación a las empresas contratistas y subcontratistas sea el del sector de actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o de la forma jurídica que adopte, se entiende que la entidad con la que se concierte la actividad. La primera de estas referencias, la relativa al objeto social, seguramente trata de señalar a las empresas multiservicios, que tantos problemas han venido dando⁴⁴, y siguen dando, precisamente como consecuencia del carácter plural y múltiple de sus actividades y de la dificultad de identificar un convenio sectorial de aplicación;⁴⁵ sin mencionar el ya analizado fenómeno escapista a través del expediente de negociar falsos convenios de empresa que tuvo como protagonista de excepción a empresas de servicios. La segunda expresión, la relativa a la forma jurídica, me parece más difícil de perfilar o concretar, pero es posible que haya de interpretarse en esa misma clave.

De todos modos, la aplicación del convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata presenta dos salvedades, que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III ET; o que la contratista o subcontratista cuente con un convenio propio susceptible de aplicación en los términos que resulten del art. 84 ET. A continuación, se tratarán de desentrañar todos estos escollos interpretativos.

La primera, la que concierne a la comprensión de lo que significa o del alcance que haya de darse a la referencia al «sector de actividad desarrollada en la contrata o subcontrata», parece

-
- 40 MARTÍNEZ MORENO, C., «Capítulo V. El riesgo de exclusión social de los trabajadores pobres: análisis de las reglas jurídicas conectadas con este nuevo fenómeno», en AA. VV. (MORENO GENÉ, J., FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., Dir.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 181 y ss.; y MARTÍNEZ MORENO, C., «Externalización productiva, creación de empleo y trabajo decente desde la perspectiva de la OIT», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., PERÁN QUESADA, S., Dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, pp. 51 y ss.
- 41 Ver BALLESTER PASTOR, M.^a A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica...cit.*, pp. 171 y 172.; también MERINO SEGOVIA, A. y GRAU PINEDA, C., «La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de piso», en *Revista de Derecho Social* n.º 96, octubre-diciembre 2021, pp. 19 y ss.; y Goñi Sein, J. L., «Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable», *loc.cit.*, pp. 90 y 91.
- 42 De nuevo BALLESTER PASTOR, M.^a A., *op.cit.* p. 155; y MONEREO PÉREZ, J. L., «Capítulo VIII. Subcontratación empresarial y reforma laboral», *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico* (dir. MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y RODRÍGUEZ INIESTA, G.), Laborum ediciones, Murcia, 2022, pp. 318 y ss.
- 43 Que, dicho sea de paso, desplaza la numeración de las siguientes previsiones del precepto, ya preexistentes.
- 44 Un reciente y completo balance en ÁLVAREZ CUESTA, H., «Negociación colectiva y empresas multiservicios», en *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva* (Dir. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.), *Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales* n.º 119, CCNCC, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020, pp. 257 y ss.; y también CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., «Convenio colectivo aplicable en las contrata y subcontratas», en *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022* (ed. GARCÍA MURCIA, J.), KRK Ediciones, 2022, pp. 495 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L., «Subcontratación empresarial y reforma laboral», en *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico* (dir. MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.), Laborum Ediciones, Murcia, 2022, pp. 305 y ss.; y Soler Arrebola, J. A., «Disfunciones de la negociación colectiva en estructuras interempresariales», en ARGÜELLES BLANCO, A. R. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., *Acción sindical y relaciones colectivas en los nuevos escenarios laborales*, *cit.*, pp. 249 y ss.
- 45 Como prueba la SAN de 22 de febrero de 2022 (Proced.319/21), que considera fraudulento pactar la aplicación del ET y el SMI sobre la base de que las actividades de la empresa multiservicio sean muy dispares y no resulte posible determinar el convenio sectorial de aplicación.

poder solventarse fácilmente mediante una interpretación literal del precepto, acomodada a lo que ya venía diciendo el TS, desde la STS de 11 de junio de 2020 (Rec. 9/2019)⁴⁶, que confirma la de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 23 de octubre de 2018 (Proced.18/2018), en la que se considera de aplicación a los empleados de los servicios de alimentación, comedor y cafetería de la empresa que los presta en las residencias de mayores dependientes del organismo autónomo ERA en el Principado de Asturias el convenio de restauración colectiva y no el del sector de la dependencia. Solución que se repite, en relación con el mismo ente gestor, pero respecto del personal dedicado a las labores de limpieza y lavandería, en la STS de 6 de octubre de 2022 (Rec. 35/2021), que declara de aplicación el convenio del sector de limpieza, no el de la dependencia. La doctrina que se contiene en estos pronunciamientos es que, en este tipo de supuestos, se ha de aplicar el convenio sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad realmente desempeñada por los trabajadores en el marco de la contrata. Que es —como subraya esta última resolución judicial— la que incorpora el nuevo art. 42.6 ET, aunque por razones cronológicas no resultase aún de aplicación al caso. A la misma conclusión llegaba la STS de 11 de noviembre de 2021 (Rec. 3330/2019), al determinar que se aplicase el convenio de limpieza y no el de hostelería para establecer el módulo salarial de referencia para el cálculo de una indemnización por despido improcedente de una camarera de piso. Y en los mismos términos se había pronunciado ya en un supuesto similar la STS de 12 de febrero de 2021 (Rec. 2839/2019), si bien es cierto que en esta ocasión el pronunciamiento se acompañaba de un voto discrepante, en el que en esencia se esgrimía la necesidad de introducir la perspectiva de género en el enjuiciamiento de este tipo de situaciones —que afectan en mucha mayor medida a empleos y colectivos feminizados—, además de aludir al *dumping* social que ocasionan estas prácticas, por muy legítimas que sean; propugnando, en definitiva, que hubiera debido declararse aplicable el convenio de hostelería.

Una vez disipado el panorama de discrepancia en el seno de la Sala⁴⁷, parece que este nuevo diálogo entre legislador y jurisprudencia se podría decir que ha causado estado. Pese a todo, y como ya he manifestado en otras ocasiones, la solución no deja de ser bastante simplista⁴⁸, y no excluye ni descarta la defendida desde otras posiciones doctrinales y también judiciales⁴⁹, proclives a considerar de aplicación el convenio del sector de actividad desarrollada por la empresa principal, que a fin de cuentas es la que introduce en su ciclo productivo y obtiene provecho de la actividad de las contratistas. Empresas que desempeñan tareas y labores que merecen la calificación de necesarias y propias o características de la actividad principal; y que —en la mayor parte de los casos— nunca habían suscitado la duda respecto de su inclusión en el ámbito de aplicación de sus respectivos convenios. ¿O acaso es posible sostener que la actividad de limpieza del departamento de pisos no es parte inherente y consustancial a la actividad de hostelería? Con lo que resulta difícil afirmar que no quedaría por tanto comprendida dentro del ámbito funcional del convenio de ese sector⁵⁰. Vuelve a cobrar el máximo interés la correcta y actualizada definición y comprensión de cuáles son los ámbitos funcionales de los convenios colectivos, a la que ya se ha hecho referencia al comienzo.

46 Y que, a su vez, alude a lo decidido en la anterior STS de 22 de febrero de 2019 (Rec. 237/2017).

47 Pese a formar Sala en el resto de sentencias mencionadas la misma magistrada que formuló ese voto particular a la STS de 12 de febrero de 2021 (Rec. 2839/2019), en el resto sentencias —incluida la de 11 de noviembre de 2021— desaparece la divergencia de posiciones, con lo que la doctrina parece asentada. Aprovecho para aclarar que, por error, he mencionado en algún lugar que era este último pronunciamiento en el que se incorporaba el voto discrepante.

48 Su alcance limitado se acrecienta en la medida en que la nueva previsión del art. 42.6 ET no se aplica a las contratas y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo, lo cual es sumamente frecuente (Disposición adicional vigesimoséptima del ET). Sobre el convenio aplicable a los CEE, véase la STS de 20 de diciembre de 2022 (Rec. 1871/2019) ECLI:ES:TS:2022:4814; y la posterior de 11 de abril de 2023 (Rec. 2159/2020) ECLI:ES:TS:2023:1399, que insiste en la existencia de un convenio más específico aplicable a centros y servicios de atención a personas con discapacidad, así como en la singularidad de la relación especial. Ver también el reciente comentario de MERCADER UGUINA, J. R., «La determinación del convenio aplicable a contratas y subcontratas: la vida sigue igual...», en *El Foro de Labos*, 28.02.2023 [La determinación del convenio aplicable a contratas y subcontratas: la vida sigue igual... (elforodelabos.es) (consultado el 1 de marzo de 2023)].

49 Suelo mencionar siempre la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Gijón de 30 de noviembre de 2016, autos 497/16, asunto Hotel Abba Playa. Pero hay otras muchas en ese mismo sentido.

50 Lo destaca de nuevo CASTRO ARGÜELLES, M.ª A., «Convenio colectivo aplicable en las contratas y subcontratas», *loc.cit.*, p. 511.

Por lo demás, esa opción sería la más congruente también con los propósitos que la norma reformadora declara de manera explícita en su exposición de motivos, siendo el principal y más importante el de combatir la precarización del trabajo en contratas y la desigualdad de trato de que es objeto el colectivo de personas a quienes afecta esa forma de empleo en comparación con el personal interno de la empresa principal⁵¹. Pero, además, ello parece entrar en contradicción con el propio presupuesto aplicativo del art. 42 ET que es la contratación de tareas correspondientes a la propia actividad de esa empresa, la comitente, esto es, en los casos comentados, la hostelería o el cuidado de las personas mayores residentes. Dicho lo cual, si el art. 42.6 ET desborda ese presupuesto y se extiende también a las contratas que no pertenezcan a la propia actividad es asimismo una cuestión dudosa y debatida⁵². Y, en fin, que no haya una obligación legal de las empresas contratistas y subcontratistas de aplicar mecánicamente el convenio de la principal, como decía la STS de 12 de febrero de 2021 (Rec. 2839/2019), no excluye la posible solución contraria. En resumidas cuentas, tal vez en este momento, tras el cambio legal, defender esta fórmula interpretativa se haya vuelto más difícil, pero no es descabellada ni indefendible. Por fin, tampoco se entiende por qué no podría ser de aplicación aquí el criterio de la selección de la norma más favorable, que evitaría que en unos casos la opción por aplicar el convenio de la actividad —limpieza o colectividades— resulte la mejor opción, si la alternativa es el convenio del sector de la dependencia. Y que, al revés, en el caso de las camareras de piso, la selección del convenio de la actividad real y específicamente desarrollada suponga perpetuar la precariedad y la desigualdad.

Pero es que el precepto de referencia, el art. 42.6 ET, no está libre de otros inconvenientes en la interpretación sobre su alcance, pues la ya de por sí problemática regla general de que se aplique el convenio del sector de la actividad de la contrata se acompaña de dos salvedades: que haya otro convenio sectorial aplicable o que la empresa contratista cuente con su propio convenio. De manera que en realidad podrían resultar de aplicación tres diferentes convenios colectivos. Y las reglas de articulación y concurrencia o prioridad aplicativa entre ellos no son ni mucho menos fáciles de dilucidar.

Así, en primer lugar, y siguiendo estrictamente el orden del precepto⁵³, no se aplicaría el convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata si hubiera otro convenio sectorial que, conforme a las reglas del Título III ET, resultara de aplicación. ¿Cuáles son esas reglas? Pues la principal es el art. 84 ET que nos remitiría a su vez a lo dispuesto, en su caso, en un acuerdo marco o al principio de *prior in tempore*⁵⁴. Pero también habría que tener en cuenta —y esto me parece lo más significativo— la posibilidad de que el convenio sectorial de la principal pudiera haber incorporado cláusulas de salvaguarda o garantía salarial (incluso con alcance a otras condiciones de trabajo) en virtud de las cuales declarase su aplicación a las empresas contratistas, al estilo de lo que ocurre con algunos convenios de ciertos sectores, por ejemplo el de hostelería, en relación, de nuevo, aunque no sólo⁵⁵, con las camareras de piso externalizadas [STS de 12 de marzo de 2020 (Rec. 209/2018)]⁵⁶.

La segunda salvedad es que la empresa contratista o subcontratista contase con un verdadero y válido convenio de empresa. Los casos en que sería prioritaria la aplicación de este convenio serían, por un lado, si el convenio empresarial fuera anterior en el tiempo. Pero anterior ¿a qué otro convenio? ¿al de qué sector? ¿el de la actividad desarrollada en la contrata, o uno distinto? Lo cual nos reenvía a la regla contenida en el anterior inciso del art. 42.6 ET. De modo

51 De nuevo, en tal sentido, GOÑI SEIN, J. L., *loc.cit.*, p. 94.

52 Véase NORES TORRES, L. E., «La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre», en *Labos*, Vol. 3, 2021, pp. 73 y ss.; y CASTRO ARGÜELLES, M.ª A., *loc.cit.*, pp. 512 y 513; se muestra decididamente partidaria de la extensión a todo tipo de contratas, MERINO SEGOVIA, A., «El sistema legal de negociación colectiva tras el RD-L 32/2021. Nuevas orientaciones en la estructura negocial, determinación del convenio colectivo aplicable y restitución de su vigencia ultraactiva», *loc.cit.*, p. 147.

53 Aunque hay quien comienza el análisis por la segunda salvedad, la de la existencia de un convenio de ámbito empresarial (*cfr.* BALLESTER PASTOR, M.ª A., *op.cit.*, p. 166); y VILA TIERNO, F., *op.cit.*, p. 111.

54 GOÑI SEIN, J. L., *loc.cit.*, p. 95.

55 Se refería también al personal subcontratado en las áreas de comedor, restaurante, bar, cocina y recepción.

56 La misma BALLESTER PASTOR, M.ª A., *op.cit.*, p. 167; y también MONEREO PÉREZ, J. L., VICENTE PALACIO, A., LÓPEZ INSUA, B. del M. y PERÁN QUESADA, S., *La regulación de la gestión indirecta de personal en la negociación colectiva. Subcontratación y empresas de trabajo temporal*, Laborum ediciones, Murcia, 2022, pp. 60 y ss.

que para saber si es posible aplicar el convenio de la empresa por ser anterior en el tiempo, es preciso saber primero qué convenio sectorial sería de aplicación⁵⁷. Por otra parte, el convenio empresarial posterior podría resultar aplicable en virtud del principio de prioridad aplicativa contenido en el art. 84.2 ET, en los términos de su actual redacción, excluyendo por tanto la materia salarial. Pero ¿y si el convenio de empresa fijara un salario superior? Como ya se ha dicho, no tendría sentido descartar la posibilidad de invocar el principio de norma más favorable para seguir aplicando el convenio de empresa, desde luego también en materia salarial, si ello resultara más ventajoso para los trabajadores. En cualquier caso, es evidente que esta va a constituir una materia por excelencia litigiosa, y que habrá que seguir de cerca las soluciones judiciales y, en su caso, la conformación de una doctrina unificada; quién sabe si no una nueva modificación legislativa⁵⁸.

Buena prueba de los problemas que se acaban de enumerar —y de alguno más añadido— se contiene en un interesante asunto que se analiza y dirime en la STS de 13 de septiembre de 2022 (Rec. 10/2021)⁵⁹. Versa esta sentencia sobre si las empresas multiservicios o sus organizaciones representativas podrían impugnar por lesividad ex art. 165.1 b) LRJS un convenio sectorial (precisamente, el de hostelería provincial de Las Palmas) que —tal y como se apuntaba hace un momento— declara en su clausulado afectar a empresas con las que se contrata la prestación de servicios, actividades o tareas en establecimientos comprendidos en el ámbito funcional del convenio. Una eventual impugnación por lesividad, por cierto, que, pese a haberse considerado válidas este tipo de cláusulas⁶⁰, no deja de planear sobre los convenios que las incluyen, como muestra, en relación con la limitación del recurso a la contratación a través de ETTs la solución estimatoria de la pretensión de anulación por lesividad contenida en la STS de 31 de marzo de 2021 (Rec. 59/2020). Pues bien, lo más interesante del pronunciamiento más reciente, el de 13 de septiembre de 2022, es que ilustra con claridad sobre cómo han de operar los criterios de concurrencia y selección del convenio de aplicación, justamente cuando se trata de trabajo en contratas. Y así, respecto de las empresas demandantes que cuentan con un convenio de empresa propio, anterior al sectorial que se cuestiona, concluye que no pueden resultar lesionadas, habida cuenta que rige el principio de preferencia aplicativa del art. 84.1 ET —cierto que en su versión anterior a la reforma de 2021—, razón por la cual el sectorial no les resulta aplicable. En cuanto a la empresa que no cuenta con convenio propio y se viene rigiendo por el sectorial de limpieza, la Sala considera que del tenor literal de la cláusula del convenio de hostelería que se discute lo que se desprende es un mandato para las empresas de ese sector, las empresas principales. Son las empresas hosteleras las que, cuando externalicen, deberán garantizar la equiparación de condiciones del personal de las contratistas, también las salariales; lo que harán repercutiendo las consecuencias de dicha obligación en el precio de la contrata. No hay, por tanto, tampoco en este caso, perjuicio ni quebranto alguno para esa empresa. De lo que no cabe duda es del impacto que toda esta diversidad de situaciones y casos va a tener, no sólo en las dispares condiciones en que se podrá desenvolver el trabajo de las personas empleadas, sino en los términos en que van a competir entre sí las empresas que operan en el mercado de las contratas⁶¹.

4. La regla sobre el final de la ultraactividad del convenio colectivo: la historia interminable

Los aspectos y cuestiones que integran la gestión en el tiempo del convenio colectivo son centrales, tanto en un plano teórico como en su vertiente práctica, en términos de aplicación de la propia norma convencional y de ritmo de sucesión de normativas convencionales y de

57 Ha analizado con precisión y claridad estos problemas CASTRO ARGÜELLES, M.ª A., «Convenio colectivo aplicable en las contratas y subcontratas», *loc.cit.*, pp. 495 y ss.

58 Lo apuntan CABEZA PEREIRO, J., *el altri*, «Comentario de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tercer semestre de 2022», *Revista de Derecho Social*, n.º 100, 2022, p. 231.

59 Puede verse un comentario a la misma en CABEZA PEREIRO, J., *el altri*, «Comentario de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tercer semestre de 2022», *loc.cit.*, pp. 229 a 231.

60 En la recién citada STS de 13 de marzo de 2020 (Rec. 209/2018).

61 De nuevo, CABEZA PEREIRO, J. *et alt.*, *loc.cit.*, p. 231.

consecuente actualización y adecuación de sus contenidos⁶². Y es interesante que, precisamente siendo una materia de tal trascendencia, se encuentre en lo fundamental encomendada a la autonomía colectiva, a la capacidad de disposición y acuerdo de los sujetos legitimados para negociar. Empezando por la fijación del tiempo de vigencia o eficacia temporal del convenio (art. 86.1 ET), que además forma parte de su contenido necesario o mínimo, de sus señas o marcas identificativas [art. 85.3 c) ET]; pero también para la determinación de la fecha o el momento preciso de la entrada en vigor (art. 90.4 ET), que no depende estrictamente de la publicación oficial del convenio; su posible aplicación retroactiva, o el establecimiento de vigencias distintas por materias o bloques de materias más o menos homogéneas. Si alguna de esas menciones faltase en el texto que se presenta ante la Autoridad Laboral para el registro y la tramitación oficial del convenio, lo más probable es que dicha Autoridad requiriera a las partes para subsanar, por lo que no es plausible la hipótesis de una eventual total inobservancia de estas exigencias; que, de darse, prestaría fundamento a la impugnación del convenio ante la jurisdicción y a un pronunciamiento judicial sobre su validez (art. 90.5 ET y arts. 163 y ss. LRJS).

El art. 85.3 e) ET también incluye en el contenido mínimo del convenio la determinación de la forma y condiciones de la denuncia, y el plazo mínimo de preaviso para llevarla a cabo. Pese a tratarse de una previsión de apariencia sencilla o simple, en su desenvolvimiento práctico la denuncia del convenio presenta una considerable diversidad y, en ocasiones, plantea una notable complejidad⁶³. Baste ahora con subrayar que, en la medida en que la denuncia tiene entre sus efectos promover e iniciar la negociación del nuevo convenio, la norma exige forma escrita para llevarla a cabo (art. 89.1 ET), por lo general por un medio fehaciente, en ocasiones con la exigencia de acuse de recibo. Por su parte, el sentido del preaviso es, justamente, restablecer lo antes posible, y antes de la pérdida de vigencia del convenio, la negociación para su revisión y renovación (art. 89.2 ET). Pero el acto de denuncia desencadena además un segundo efecto, que es justamente el inicio del período de ultraactividad del convenio colectivo.

Como se recordará, las reformas de 2010-2011-2012 pretendían amparar su legitimidad y oportunidad en la necesidad de introducir elementos de ajuste capaces de agilizar y dinamizar los procesos de negociación y de sustitución de las normas colectivas, procurando a la vez su actualización y la adaptación de sus contenidos a las nuevas circunstancias emergentes en un tiempo razonable⁶⁴. La ultraactividad⁶⁵ se erigió, pues, en uno de los principales aspectos requeridos de un serio replanteamiento, al achacarse a su regulación de entonces ser responsable de petrificar la negociación, paralizar los procesos de renovación y convertir los convenios de algunos sectores y ámbitos en auténticos «*zombies*», muertos vivientes. Acuerdos que, tras su denuncia y ante la dificultad de revisión de sus contenidos —generalmente también regresiva o a la baja—, acababan perpetuando regulaciones obsoletas durante años y años⁶⁶.

La solución a esta verdadera disfunción de la dinámica negociadora se encontró en el establecimiento de un límite temporal estricto a la aplicación del convenio una vez denunciado, que

62 Me ocupé de ello en MARTÍNEZ MORENO, C., *Eficacia temporal de los convenios colectivos: soluciones al fin de la ultraactividad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

63 Un análisis más completo, también de la doctrina existente al respecto, en MARTÍNEZ MORENO, C., *Eficacia temporal de los convenios colectivos...cit.*

64 Sobre el significado de la ultraactividad, *vid.*, por todos, MARTÍN VALVERDE, A., «La eficacia ultraactiva del convenio colectivo de trabajo», en *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando VALDÉS DAL-RÉ, cit.*, pp. 405 y ss., en especial, en pp. 408 a 410.

65 Un buen balance sobre el significado y alcance de la ultraactividad del convenio puede verse en la reciente STS de 25 de enero de 2023 (Rec. 95/2021) ECLI:ES:TS:2023:581.

66 No se supo nunca a ciencia cierta cuántos convenios se mantuvieron en esa situación, pero el del sector de hostelería de Asturias, sin renovar desde 2011, sí puede ser un paradigma de las razones para esa solvente crítica. A la fecha de cierre del presente trabajo (25 de abril de 2023) podemos ofrecer, casi en primicia, la noticia de la reciente firma del nuevo convenio del sector para los años 2023 a 2027 [Resolución de 8 de marzo de 2023, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, por la que se ordena la inscripción del convenio colectivo del sector Hostelería y Similares del Principado de Asturias para 2023, 2024, 2025, 2026 y 2027, en el Registro de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad dependiente de la Dirección General de Empleo y Formación (BOPA 21 de marzo)].

en la vuelta de tuerca de la reforma de 2012 se convirtió en inexorable⁶⁷, salvo que las partes hubieran previsto en el texto del convenio una aplicación transitoria indefinida hasta alcanzarse un nuevo acuerdo, o por un tiempo más prolongada del año, que fue el límite temporal fijado en la norma legal. Transcurrido ese año desde la denuncia sin acuerdo —lo que, según el caso, puede resultar un tiempo insuficiente—, el convenio fenecía sin remedio, de modo que, si existía un convenio de ámbito superior, se aplicaría este último; de lo contrario, la norma guardaba silencio y no ofrecía solución alternativa al abismo del vacío de regulación convencional resultante. La falta de concreción de lo que había de entenderse por convenio de ámbito superior, y la omisión de previsión alguna para el caso de no existir tal convenio⁶⁸, desencadenaron un problema de dimensiones seguramente insospechadas para quienes concibieron y diseñaron la medida. Alzándose algunas autorizadas voces alertando sobre la repercusión que la pérdida de ultraactividad —verdadera red de seguridad convencional⁶⁹— podía tener; y proponiendo soluciones, sólo algunas ponderadas y razonables, como la consistente en una contractualización limitada de las condiciones de trabajo que garantizara la preservación de las bases y elementos esenciales del contrato y, por consiguiente, la validez y subsistencia de los que quedarán comprendidos dentro del ámbito de aplicación del convenio⁷⁰.

La realidad fue otra: un sinfín de problemas interpretativos que acabaron judicializándose, forzando una salida «creativa» —en un principio, no mayoritaria— de la Sala de lo Social del TS, en un muy comentado pronunciamiento contenido en la STS de 22 de diciembre de 2014 (Rec. 264/2014)⁷¹. De todas las alternativas posibles y barajadas doctrinalmente se optó por la que podría calificarse como «maximalista»: la contractualización *in integrum* de las condiciones estipuladas en el convenio. Solución que, entre otras cosas, contravenía toda la lógica sobre la que estaba —y sigue estando— construido nuestro modelo de negociación colectiva, principalmente, la aplicación del principio de orden normativo a la sucesión de convenios, congruente con el carácter y naturaleza del convenio colectivo estatutario; y la negativa a que del convenio colectivo se pudiera derivar la consolidación de derechos o generarse derechos adquiridos⁷². Por otra parte, y pese al pronto cierre de filas jurisprudencial, esta solución no dejó de acompañarse de una estela de lo que podríamos llamar problemas o efectos colaterales. Entre otros —y como se decía hace un instante—, el derivado de la falta de concreción de qué es lo que ha de entenderse por convenio de ámbito «superior», problema al que la Sala proporcionó una solución un tanto corta de miras, al circunscribirlo al territorialmente más extenso, y no al de un ámbito funcional o sector más amplio y funcionalmente afín⁷³. Otra dificultad fue la provocada por el carácter incompleto del convenio superior, si el mismo no contenía una regulación de las condiciones de trabajo básicas, en este caso con aplicación de la clásica doctrina sobre la imposibilidad del «espiguelo» y la nueva sobre la continuidad del convenio ultraactivo contractualizado⁷⁴; y el inconveniente que

67 *Vid.*, recientemente, VILA TIERNO, F., *op.cit.*, p. 48.

68 Lo que ocurría en todos los casos en que el extinguido fuera el estatal de sector, o el de cualquier ámbito territorial inferior cuando no existiera convenio de ámbito territorial superior.

69 ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Capítulo I. El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva», en *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, (coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), Ediciones Cinca, Madrid, 2012; y VALDÉS DAL-RÉ, F., «El modelo español de negociación colectiva», en PÉREZ DE LOS COBOS, F. y GOERLICH, J. M. (coord.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España. Estudios en homenaje al profesor SALA FRANCO*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 51.

70 Por todos, DURÁN LÓPEZ, F., «Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente», en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 9, 2014, pp. 33 y ss.

71 Imprescindible el comentario de DESDENTADO BONETE, A., «La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la sentencia de 22 de diciembre de 2014», en *Revista de información laboral*, n.º 3, 2015, pp. 25 y ss.; también lo trató con cierta profundidad en MARTÍNEZ MORENO, C., *Eficacia temporal de los convenios colectivos...cit.*; y poco después en MARTÍNEZ MORENO, C., «Revisitando las reglas sobre la vigencia y la ultraactividad del convenio colectivo», en *Revista Galega de Dereito Social*, Vol.1, n.º 1, 2016, pp. 79 a 120.

72 Una reciente manifestación de la aplicación de esa doctrina a una serie de supuestos singulares puede verse, entre otras, en la STS de 1 de febrero de 2023 (Rec. 2569/2019) ECLI:ES:TS:2023:580.

73 STS de 27 de noviembre de 2015 (Rec. 316/2014).

74 STS de 23 de septiembre de 2015 (Rec. 209/2014).

consiguientemente surge de la imposible contractualización selectiva⁷⁵; o, en fin, el que origina la idéntica falta de identificación de lo que es o no es materia susceptible de contractualizarse⁷⁶.

Esa inusualmente abundante y temporalmente prolongada jurisprudencia secundaria también se ocupó de despejar la duda sobre la indisponibilidad de la aplicación del convenio de ámbito superior⁷⁷; y otros no menos dramáticos problemas, algunos ya apuntados en la propia sentencia primigenia, como el relativo a la no extensión de la contractualización a los trabajadores de nuevo ingreso⁷⁸. Inconvenientes y escollos junto a las que persisten otras eventuales situaciones litigiosas como la que deriva de la posible supresión o alteración de las condiciones de trabajo por la vía de la modificación sustancial *ex art. 41 ET* o de la novación contractual⁷⁹; o de la dificultad de decidir qué convenio se aplica si hubiera varios de ámbito superior susceptibles de aplicación. Bien es verdad que esta última hipótesis es difícil que se diese en la realidad, y hubiera podido y debido resolverse mediante las reglas de concurrencia de convenios colectivos del art. 84 ET.

Sea como fuere, esta situación era, junto con la resultante de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, otra de las que —tal vez no sólo para los partidarios de la tesis de la derogación de la reforma de 2012— urgía revertir. Y hacerlo en términos de recuperación de equilibrio⁸⁰. Y así, tras la reforma operada por el RDL 32/2021⁸¹ el precepto legal (art. 86.3 ET) queda como sigue: en primer lugar, se mantiene el carácter disponible del efecto que sobre la vigencia del convenio tiene la denuncia. De manera que no es dudoso que las partes pueden establecer libremente los efectos que sobre la vigencia o, más bien, la continuidad de la aplicación del convenio tiene el hecho de que haya concluido la duración inicialmente pactada y el convenio haya sido denunciado. En ello abunda el siguiente inciso del precepto al prever que mientras se negocie el nuevo convenio, salvo que se haya dispuesto otra cosa, el convenio mantendrá su vigencia, decayendo únicamente las cláusulas por las que se hubiere renunciado al ejercicio del derecho de huelga; contenidos, por cierto, prácticamente inéditos o anecdóticos en la negociación colectiva contemporánea. A continuación, la norma sigue amparando la posibilidad de que, en ese tiempo, las partes adopten acuerdos parciales para modificar alguno o algunos de los contenidos cuya aplicación se encuentre prorrogada, con el fin de que se puedan adaptar a las nuevas circunstancias; y que tendrán la vigencia que las propias partes decidan. Esos acuerdos incluyen, desde luego, a la misma prórroga transitoria del convenio, que puede extenderse más allá de lo previsto inicialmente y del plazo fijado por la norma legal.

Es ahí, precisamente, en relación con la solución al problema del final de la ultraactividad, donde se ha operado el limitado pero sustancial cambio de tratamiento, estableciéndose un sistema escalonado que recuerda al de solución de las discrepancias en el proceso de descuelgue. De modo que, transcurrido el año de aplicación transitoria del convenio desde la fecha de la denuncia, surge para las partes negociadoras la obligación de someterse a una mediación en el marco del sistema de solución autónoma de conflictos que corresponda —el SIMA o cualquiera de los autonómicos— cuyo objeto y finalidad será tratar de desbloquear el proceso. Entendido, me parece claro, que en ese tiempo el convenio se seguirá aplicando. Y si la mediación concluyese sin avenencia, las partes aún cuentan con la posibilidad de acudir a un arbitraje, bien porque ya lo hubiesen previsto de antemano, bien porque lo decidan en ese mismo momento de común acuerdo. El laudo que recaiga tendrá la misma eficacia jurídica

75 SSTS de 1 de diciembre de 2015 (Rec. 263/14), 18 de mayo de 2016 (Rec. 100/2015) y 20 de diciembre de 2016 (Rec. 217/2015).

76 SSTS de 20 de diciembre de 2016 (Rec. 217/2015) y 28 de noviembre de 2019 (Rec. 118/2018).

77 STS de 23 de septiembre de 2015 (Rec. 209/2014) y 9 de septiembre de 2020 (Rec. 121/2017).

78 STS de 13 de mayo de 2019 (Rec. 55/2018).

79 Ver por todos, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Ultraactividad del convenio colectivo», en *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, *cit.*, p. 542.

80 *Cfr.* MERINO SEGOVIA, A., «El sistema legal de negociación colectiva tras el RD-L 32/2021. Nuevas orientaciones en la estructura negocial, determinación del convenio colectivo aplicable y restitución de su vigencia ultraactiva», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 152, 2022, pp. 133 y ss.

81 ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Ultraactividad del convenio colectivo», en *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022* (ed. GARCÍA MURCIA, J.), KRK Ediciones, 2022, pp. 537 y ss.; LOUSADA AROCHENA, J. F., «La ultraactividad tras el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre», *Revista de Derecho Social*, n.º 97, enero-marzo 2022, pp. 93 y ss.

que un convenio colectivo y sólo será recurrible conforme al procedimiento y por los mismos motivos que establece el art. 91 ET. Lo ideal sería, pues, que los propios convenios colectivos empezaran a incorporar de manera sistemática o generalizada acuerdos arbitrales como mecanismo de cierre a las desavenencias surgidas en el proceso de renegociación y renovación del texto. Y, en fin, en caso de no acudir a un arbitraje, y salvo que las partes hubiesen pactado otra cosa, el convenio se mantendrá indefinidamente hasta lograrse un nuevo acuerdo. En definitiva, aquí si se ha producido realmente una reversión de la reforma de 2012⁸² y una vuelta a la situación precedente de ultraactividad indefinida, con el único pero trascendental matiz de la potenciación de los medios de autocomposición de las controversias como mejor fórmula para reactivar la negociación y buscar el acuerdo⁸³, evitando con ello —o tratando de hacerlo— esa indeseable petrificación que en ocasiones efectivamente se producía.

Esta modificación tiene, a su vez, dos efectos indirectos, y de signo dispar: el primero, eliminar los ya aludidos problemas colaterales ocasionados por la tesis jurisprudencial de la contractualización. El segundo genera un nuevo problema consistente en la necesidad de desandar el camino, como así dijéramos, en aquellos casos en que el convenio hubiere logrado incorporar en su contenido cláusulas para establecer regímenes de la ultraactividad alternativos al legal, por ejemplo, disponiendo prórrogas transitorias de duración superior al año, pero limitadas, al fin y al cabo. Que tendrían preferencia aplicativa respecto de la norma legal actual de vigencia sin límite temporal hasta nuevo acuerdo.

En cuanto al régimen transitorio aplicable en materia de ultraactividad⁸⁴, ha sido mayoritaria la opinión de que se había optado por la vigencia inmediata de las nuevas reglas, de manera que los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor del RDL, en tanto no se adoptase un nuevo convenio, mantendrían su vigencia en los términos establecidos en el nuevo precepto. Aunque no hay quien ha llamado la atención sobre el hecho de que la transitoria se refiera al art. 86.3 ET y no al art. 86.4 ET⁸⁵, lo que se ha podido interpretar en el sentido de que esa previsión se encontraba condicionada a que existiera ya un convenio denunciado y un proceso negociador abierto y en curso⁸⁶.

Parece oportuno antes de cerrar este apartado dejar constancia aquí de algunos relevantes aspectos de la ultraactividad, o de la vida del convenio en general, que tampoco han experimentado cambios, o respecto de los que no se ha hecho alusión o previsión expresa alguna. Por ejemplo, si la ultraactividad es vigencia en sentido estricto u otra cosa diferente, por poner un caso, a los efectos ya aludidos de si rige o no la prohibición de concurrencia; de la determinación del alcance y aplicación en el tiempo de ciertas cláusulas⁸⁷; o de si prevalece la ultraactividad sobre la retroactividad del nuevo convenio o es al revés. Sobre la no aplicación de las reglas sobre ultraactividad a los convenios extraestatutarios, que se rigen por el derecho contractual común y agotan su vigencia a tenor de lo estrictamente pactado por las partes⁸⁸. O respecto de la respuesta negativa a si la empresa pueda apreciar de manera unilateral si el convenio se encuentra aún vigente o ha de considerarse concluido en su aplicación⁸⁹. Como tampoco se han alterado ni la ya aludida posibilidad de revisión anticipada del convenio en cualquier momento

82 GORDO GONZÁLEZ, L., «El retorno de la ultraactividad ilimitada: una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012», *Labos*, Vol.3, 2021, pp. 129 y ss.; y VILA TIERNO, F., *op.cit.*, p. 67.

83 MARTÍNEZ MORENO, C., *Reforma Laboral, Claves Prácticas*, Francis Lefebvre, 2022, marginal 3725.

84 Disp. transitoria séptima RDL 32/2021.

85 PÉREZ CAPITÁN, L., «La reforma laboral de 2021 y los cambios en la negociación colectiva», *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, n.º 13, Año 2022, Vol. I, p. 75; subraya el hecho de que la transitoria no aluda al apartado 4 del art. 86 ET; MERINO SEGOVIA, A., «El sistema legal de negociación colectiva...», *loc.cit.*, p. 154.

86 Cfr. VILA TIERNO, F., *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva...*, *cit.*, p. 92.

87 Ver STS de 7 de septiembre de 2022 (Rec. 166/2020) ECLI:ES:TS:2022:3376; y en relación con la aplicación o no del régimen de jubilación parcial regulado en el convenio que se encontraba ultraactivo, ver la interesante STS de 25 de enero de 2023 (Rec. 95/2021) ECLI:ES:TS:2023:581.

88 SSTS de 11 de mayo de 2009 (Rec. 2509/2008), 10 de junio de 2009 (Rec. 103/2008), 16 de junio de 2009 (Rec. 2272/2008), 14 de octubre de 2009 (Rec. 625/2009), 14 de abril de 2013 (Rec. 285/2011) y 29 de marzo de 2016 (Rec. 127/2015); doctrina que reitera la más reciente STS de 29 de marzo de 2023 (Rec. 2576/2019) ECLI:ES:TS:2023:1424.

89 STS de 6 de mayo de 2015 (Rec. 167/2014).

de su vigencia si las partes legitimadas *ex arts.* 87 y 88 ET lo deciden o acuerdan (art. 86.1.2.º ET), labor que no puede ser desarrollada por las comisiones paritarias⁹⁰; ni las pautas y reglas sobre la sucesión en el tiempo de convenios colectivos del mismo ámbito, que se rige en virtud del principio de orden normativo y, por tanto, supone la derogación del convenio anterior por el posterior, salvo que las partes dispongan otra cosa (art. 86.5 ET). Previsión que se conjuga con la que se contiene en el art. 82.4 ET, que incorpora un principio de regresividad, conforme al cual el nuevo convenio puede disponer de los derechos reconocidos en el convenio al que sucede, aplicándose íntegramente lo regulado en el convenio más moderno⁹¹. Por consiguiente, y como se ha venido repitiendo, del convenio no se generan derechos adquiridos para los trabajadores, que pueden ver empeoradas sus condiciones de trabajo con el nuevo convenio. Y salvo que este expresamente prevea la consolidación o garantice el mantenimiento de esas condiciones en forma de garantía *ad personam*⁹².

5. Las comisiones «*ad hoc*»: la historia de una no-muerte anunciada

Contra todo pronóstico —y aunque resulte comprensible a tenor del juego de mutuas concesiones y renunciaciones del que surge—, el acuerdo entre los interlocutores sociales que alumbró la reforma laboral de 2021 se dejó por el camino una de las modificaciones más esperadas, la del art. 41.4 ET. Precepto que, aunque formal y estrictamente referido a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, opera, como es bien sabido, como patrón normativo respecto del proceso de adopción del resto de medidas de ajuste de empleo de alcance colectivo⁹³.

Haciendo un poco más de memoria, el modelo de las comisiones «*ad hoc*» como fórmula para conformar el órgano de interlocución en los períodos de consulta en empresas o centros sin representación legal de las personas trabajadoras estaba ya en la reforma emprendida por el gobierno socialista en 2010⁹⁴. Si bien en ese momento, la norma —como luego se haría en los ERTES COVID-19, más tarde en el reglamento sobre planes de igualdad—⁹⁵, limitaba esa posibilidad a las comisiones de estricta composición sindical. Fue en el transcurso de la tramitación parlamentaria de la *Ley 35/2010 de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*⁹⁶, que sucede al ya citado RDL 10/2010⁹⁷, cuando se introdujo la posible composición laboral de las referidas comisiones⁹⁸. Alternativa que luego haría suya la reforma del PP⁹⁹. Esto último, sumado a que el modelo de comisión «laboral» fuera el más extendido, casi se diría que generalizado, explica que se tratase de uno de los aspectos de la reforma laboral de 2012 más duramente criticados doctrinal y sindicalmente, y una de las cuestiones que estaban en la hoja de ruta del gobierno en orden a la reversión y corrección —que no derogación— de aquella reforma.

90 SSTS de 12 de diciembre de 2000 (Rec. 1292/2000), 31 de octubre de 2005 (Rec. 140/2004) y 30 de mayo de 2007 (Rec. 167/2007).

91 STS 22 de diciembre de 2005 (Rec. 5018/2004).

92 SSTS de 16 y 30 de abril de 2007 (Rec. 4712/2005 y Rec. 764/2005).

93 *Cfr.* MARTÍNEZ MORENO, C., *Modificación de condiciones de trabajo y otras medidas de ajuste laboral: adopción y reacción*, *Claves Prácticas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

94 Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 17 de junio).

95 Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (BOE 14 de octubre).

96 BOE 18 de septiembre.

97 Véase nota n.º 85.

98 LÓPEZ TERRADA, E., «La composición de las comisiones *ad hoc* de empresas sin representación legal de los trabajadores: naturaleza jurídica y reformulación», *Labos*, Vol. 2, N.º 3, pp. 14-3, doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6484> (última consulta el 25 de abril de 2023).

99 Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 11 de febrero).

El procedimiento para la adopción de las medidas de ajuste colectivo remite en primer lugar al que específicamente se haya regulado en convenio colectivo. Pero como esto no es frecuente, se aplica en la mayor parte de los casos el procedimiento que por defecto contiene el ya citado art. 41.4 ET, que exige que la decisión empresarial —que, salvo en el descuelgue, acaba siendo libre— vaya no obstante precedida de un período de consultas, que una parte de la doctrina ha calificado como «consulta preventiva», un híbrido entre consulta y negociación¹⁰⁰, pero que una constante jurisprudencia califica como un verdadero procedimiento de negociación, que deberá ser efectiva e informada con el fin de que dicho período produzca su efecto útil¹⁰¹.

No era, pues, difícil de vaticinar que era en este punto, en relación con la composición del órgano de interlocución en cuyo seno se desarrollan las consultas, donde habría de haberse concentrado el verdadero afán de cambio de concepción de la regulación del procedimiento de adopción de las modificaciones de carácter o alcance colectivo, cuyo propósito claro y decidido hubiera debido ser la corrección —si no la erradicación— del modelo de las comisiones «*ad hoc*» laborales. Lo que, por otro lado, y como también se ha dicho ya, contaba con el precedente de los ERTES COVID-19¹⁰² y los planes de igualdad. De hecho, alguno de los borradores inmediatamente anteriores a la promulgación del RDL 32/2021 y que fue objeto de debate en la mesa de diálogo social entre los interlocutores sociales abordaba efectivamente este delicado y trascendental asunto. En concreto, para introducir matices en relación con aspectos como la duración de las consultas, permitiendo algo que ya ocurría y ocurre en la práctica, como es que la duración máxima del período, fijada en quince días, fuera susceptible de ampliación por acuerdo entre las partes, cuando ello se considerase conveniente o pudiese facilitar el logro de un acuerdo. O para redimensionar el órgano —lo que ya había ocurrido en la reforma de 2013—¹⁰³ y situar el máximo de integrantes en siete miembros, en lugar de trece, por cada una de las partes. Pero, sobre todo, para articular la composición estrictamente sindical de la comisión en caso de inexistencia de interlocución formal dentro de la empresa. A tal efecto, y siguiendo los modelos antedichos, la comisión negociadora habría de quedar, en primer lugar, integrada por la representación legal, bien fuera un comité de empresa, bien delegadas y delegados de personal o, en su caso, las secciones sindicales que así lo acordasen y sumaran en conjunto la mayoría de miembros del comité o delegados de personal. Y designados sus integrantes en proporción a la representatividad sindical. Y en el caso de los centros sin representación unitaria —que son la inmensa mayoría— la parte social de la comisión negociadora estaría representada por una comisión sindical integrada por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación; en proporción a la representatividad en la empresa. Debería, por otro lado, garantizarse la participación de todos los sindicatos legitimados, sin perjuicio de lo cual, la comisión quedaría válidamente constituida cuando estuviera integrada por aquella organización u organizaciones que respondieran a la convocatoria de la empresa en el plazo de quince días.

Comoquiera que sea, tal vez porque se era consciente de la necesariamente limitada capacidad de respuesta sindical —ya aventurada en relación con los ERTES COVID-19 y luego con los planes de igualdad—, en la abandonada propuesta de modificación del art. 41.4 ET se añadía una previsión que admitía que, en caso —y sólo en caso— de que la solicitud empresarial no recibiere respuesta alguna en el plazo indicado, resultando imposible constituir la comisión sindical, la comisión quedase integrada por un máximo de tres personas trabajadoras de la propia empresa, elegidas democráticamente entre ellas¹⁰⁴. Para el supuesto, en fin, de centros de tra-

100 MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 29.ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, p. 371.

101 STS, Pleno de la Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2012 (Rec. 236/2011), 16 de julio de 2015 (Rec. 180/2014) y 18 de noviembre de 2015 (Rec. 19/2015).

102 Art. 23.1 RDL 8/2020.

103 Lo analicé, en relación con el despido colectivo, en MARTÍNEZ MORENO, C., «La nulidad en el despido colectivo: causas y límites», *Actum Social* (ed. Francis Lefebvre) n.º 86, abril 2014, pp. 21 y ss.

104 Por cierto, en relación con los planes de igualdad, ya hay algún pronunciamiento que admite la posibilidad y la validez de los que se hayan negociado con comisiones *ad hoc* si los sindicatos no han respondido a la convocatoria para negociar en plazo [STSJ de Andalucía-Málaga, Sala de lo Social, n.º 180/2023, de 25 de enero de 2023 [<https://www.laboral-social.com/plan-igualdad-empresas-sin-representacion-comision-ad-hoc.html>] (última consulta el 25 de abril de 2023)]. Y en algún caso que no puede calificarse sino como absolutamente

bajo con representación legal y centros sin ella, se mantenía la composición de la parte social de la comisión negociadora de las medidas por la representación de los centros que la tuviesen y, respecto de los centros sin representantes, por la comisión sindical preferentemente, y sólo en su defecto, por la laboral a la que se acaba de hacer referencia.

En su momento, la duda suscitada a propósito de la capacidad de respuesta por parte de los sindicatos para conformar los órganos de negociación de los ERTES pandémicos en la multitud de empresas que carecen de representaciones electivas¹⁰⁵ provocó la intervención aclaratoria de la Dirección General de Trabajo del Ministerio (Criterio SGON-929CRA); en la que asimismo se trataban de facilitar soluciones para extremos como el posible inconveniente que para el correcto funcionamiento del modelo de comisión sindicalizada podía provenir de la desconexión entre las pequeñas empresas y las organizaciones sindicales que actúan a nivel del sector; considerándose que podría solventarse pidiéndole a la propia autoridad la necesaria información, dirigiéndose a los firmantes del convenio sectorial, o consultando a la comisión paritaria. Todo ello, con el fin de poder saber a qué organizaciones dirigirse.

La fallida propuesta de reforma —cuyo análisis se justifica con vistas a una eventual futura regulación— mantenía igualmente la necesidad de proceder a la constitución de la comisión negociadora con anterioridad a la comunicación empresarial del inicio del procedimiento de consultas, a cuyos efectos, la dirección de la empresa debería informar por un medio fehaciente a las personas trabajadoras y sus representantes de su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo o cualquier otra medida de ajuste de empleo en la empresa de alcance colectivo. El plazo máximo para constituir la comisión negociadora sería de siete días desde esa fecha, salvo que algún centro de trabajo afectado no tuviese representación legal, en cuyo caso el plazo se ampliaría a quince días.

Desaparecía en cambio la referencia a la posibilidad de que transcurriera el período de consultas sin haberse constituido la comisión negociadora —lo que era tanto como decir que se podía adoptar la medida sin consultas efectivas—, y la relativa a la no ampliación del plazo si la constitución de la comisión se producía fuera del tiempo señalado, con posterioridad al inicio del cómputo del transcurso del período de consultas. Lo que propiciaría igualmente el efectivo desarrollo de las negociaciones de la medida y la imposibilidad de que esta se adoptara finalmente de manera directa por decisión unilateral de la empresa.

Respecto de las obligaciones documentales, el desarrollo de las negociaciones y la adopción del acuerdo, la negociación de buena fe, el número de reuniones, y, en general, la metodología que debería seguirse en la verificación de las consultas, con esa misma finalidad de reforzamiento de las garantías del proceso, se aludía al deber de llevar a cabo una efectiva negociación, y al objetivo de lograr que la parte social llegara a comprender y a tener una idea precisa y cabal de la intención empresarial y de sus razones. Con ello se incorporaba con acierto a la regulación legal la doctrina acuñada por la abundante jurisprudencia existente sobre los elementos y características que debe reunir un verdadero proceso de negociación para que la misma se considere desarrollada de buena fe y de manera efectiva, y suficiente y adecuadamente informada¹⁰⁶.

Se mantenía también para poder alcanzar un acuerdo la necesidad de conformidad de la empresa y de la mayoría de la representación de las personas trabajadoras que componen la comisión. Y la posibilidad de que, en cualquier momento del proceso, la empresa y la parte social pudieran acordar sustituir el período de consultas por el procedimiento de mediación o

excepcional, tal vez por la singularidad del colectivo, la Sala de lo Social del TS llegó a admitir la negociación directa de una modificación sustancial de condiciones de trabajo con los empleados afectados [en el asunto del Colegio de Procuradores de Oviedo, STS de 10 de octubre de 2019 (Rec. 966/2017)].

105 Ver NIETO ROJAS, P., «Sobre la comisión para negociar ERTES: ¿podrán los sindicatos atender tanta demanda?», *El Foro de Labos* 22.5.20, <https://www.elforodelabos.es/2020/05/sobre-la-comision-para-negociar-ertes-podran-los-sindicatos-atender-tanta-demanda/>; y MARTÍNEZ MORENO, C., «El nuevo marco de ordenación de las obligaciones empresariales en materia de igualdad entre mujeres y hombres», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2021, Vol. 9, n.º 2, abril-junio de 2021.

106 SSTS de 16 de julio de 2015 (Rec. 180/2014), de 24 de julio de 2015 (Rec. 210/2014) y de 18 de noviembre de 2015 (Rec. 19/2015), entre otras muchas; y, aunque referida a un procedimiento de suspensión de contratos de trabajo, con abundante y muy completa referencia doctrinal, la más reciente STS de 2 de noviembre de 2021 (Rec. 90/2021) ECLI:ES:TS:2021:4092.

arbitraje que resultase de aplicación en el ámbito de la empresa, y que debería desarrollarse dentro del plazo máximo de duración de las consultas. Lo mismo que la presunción de la concurrencia de la causa cuando aquellas concluyeran con acuerdo, supuesto en el que sólo cabe la impugnación ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Sin perjuicio del derecho de las personas trabajadoras a optar por rescindir el contrato o impugnar la medida. Conviene tener en cuenta en este punto el matiz introducido por la SAN de 11 de noviembre de 2021 (Proced.111/2020) ECLI:ES:AN:2021:4604, al poner en cuestión la automática aplicación de esa presunción, y anular una modificación sustancial alcanzada con acuerdo con la representación legal de los trabajadores con fundamento en la consideración de que la motivación alegada no respondía a ninguna de las causas enunciadas por la norma¹⁰⁷.

Como se sabe, la decisión sobre la medida adoptada y su fecha de efectividad deberán ser notificadas por la empresa a las personas trabajadoras y a la comisión representativa de estas una vez finalizado el período de consultas, y no podrá surtir efectos hasta transcurridos, al menos, siete días desde dicha notificación. En este punto, y específicamente referida a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el fallido texto introducía una nueva exigencia de contenido de la notificación —similar a la que rige en el caso de descuelgue— consistente en que la decisión incluyese la determinación exacta de las nuevas condiciones de trabajo que resultarían aplicables, así como la duración, que no podría prolongarse más allá del período que resulte justificado en virtud de la causa alegada y la documentación justificativa correspondiente. Esto en realidad supone llevar a la propia justificación de la medida la de la estimación de su duración, en función de cuál sea la situación y circunstancias de la empresa que motivan la modificación de las condiciones de trabajo.

Como es comprensible, la propuesta sobre el nuevo art. 41 ET aludía igualmente a los efectos de la modificación y las vías de impugnación (art. 41.3. 3.º y 4.º ET), manteniéndose la regulación precedente en relación con la opción por parte del trabajador entre la rescisión del contrato o la impugnación de la medida. Si bien con un importante cambio, como enseguida se explicará. En los supuestos previstos en las letras a), b), c), d) y f) del apartado 1, la persona trabajadora tiene derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año, y con un máximo de nueve meses. Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad mencionado, la persona trabajadora que, no habiendo optado por la rescisión del contrato, se muestre disconforme con la decisión empresarial, podrá impugnarla ante la jurisdicción social (LRJS art. 138). La sentencia que recaiga en ese proceso declarará la modificación justificada o injustificada, y en este último caso, reconocerá el derecho de la persona afectada a ser repuesta en sus anteriores condiciones de trabajo. Debe precisarse que entre los pronunciamientos posibles de la sentencia recaída en estos procedimientos también cabe el de nulidad, en los supuestos legalmente previstos (art. 138.7. 4.º LRJS).

Una segunda precisión importante es en relación con la razón por la que no se incluye también —tampoco en la propuesta debatida— el supuesto de la letra e), referido a los cambios de sistemas de trabajo y rendimiento. En alguna ocasión se ha querido explicar esta excepción o exclusión en el hecho de que una alteración en ese ámbito tendría escasa incidencia real en los intereses del trabajador, lo que la realidad y la práctica judicial se ocupan de desmentir, habida cuenta de la inevitable repercusión de tales modificaciones en la retribución, cuando no en el nivel de exigencia de cumplimiento de la prestación¹⁰⁸. Pero lo más significativo de la novedad que se pretendía introducir en el régimen de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo era la desaparición del precepto de la exigencia de perjuicio relevante en la esfera jurídica del trabajador para poder proceder a la rescisión del contrato. A este respecto, como recordaba la STS de 23 de julio de 2020 (Rec. 822/2018) ECLI:ES:TS:2020:2603, la doctrina de la Sala venía exigiendo para que procediese la rescisión indemnizada del contrato que se acreditara la existencia de un perjuicio, prueba cuya carga incumbe a quien dice sufrirlo. Y proseguía afirmando que no es posible presumir la existen-

107 <https://www.elforodelabos.es/el-acuerdo-con-los-representantes-de-los-trabajadores-blinda-la-modificacion-sustancial-de-las-condiciones-de-trabajo-pero-no-siempre-comentario-a-la-san-de-11-de-noviembre-de-2021/>.

108 MARTÍNEZ MORENO, C., *Modificación de condiciones de trabajo y otras medidas de ajuste laboral: adopción y reacción*, cit.

cia del perjuicio, al no existir ninguna disposición legal que lo permita; que, en cambio, esa exigencia no está prevista en los supuestos de traslados forzados, lo que evidencia que en estos casos se da por hecho el perjuicio; que la modificación de las condiciones deba ser sustancial evidencia que el perjuicio debe ser relevante, pues en otro caso no se establecería la posibilidad de rescisión contractual que la ley reserva para los graves incumplimientos contractuales; que no sería razonable, ni proporcional, sancionar con la rescisión contractual indemnizada cualquier modificación que ocasionara un perjuicio mínimo, al ser ello contrario al espíritu de la norma que persigue la supervivencia de la empresa en dificultades que se agravarían si todos los afectados rescindiesen sus contratos; que el perjuicio, en el caso de la merma salarial, se encuentra en el impreciso listón porcentual del cinco/siete por ciento; y que, en fin, corresponde, en su caso, al legislador introducir las innovaciones que considere adecuadas cuando desee alterar el expuesto esquema. En el caso, concluye la Sala, una rebaja en torno al 5 %, con ciertas compensaciones y posibilidades de reversión, no puede considerarse causa bastante para rescindir el contrato.

Pues bien, en la decaída propuesta de modificación del art. 41 ET se alteraba, efectivamente, este esquema; y, como en el caso del traslado, se asumía que, en buena lógica, toda modificación sustancial que de verdad lo sea conllevará de modo natural un perjuicio para la persona que la experimenta; afirmación que se cae por su propio peso¹⁰⁹.

Contra las decisiones de modificación de carácter colectivo se podrá reclamar por el procedimiento de conflicto colectivo, sin perjuicio de las acciones individuales que pudieran corresponder. La interposición del procedimiento de conflicto colectivo paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta la resolución de aquel. La STS de 27 de febrero de 2020 (Rec. 201/2018) ya insistía en que la notificación de la decisión debía realizarse por un medio fehaciente, dada la trascendencia del transcurso del plazo de caducidad para interponer la acción. Y ni la publicación en el tablón de anuncios, ni el conocimiento por los representantes de los trabajadores en la última reunión del período de consultas, ni la remisión de una nota informativa a los trabajadores —se había colgado una circular en la intranet del banco— tienen el mismo efecto que ese acto expreso de comunicación por escrito a la representación legal. En el caso, además, se declaraba la nulidad de la medida —modificación de la normativa reguladora de los gastos de desplazamiento por cambio de centro de trabajo— por haberse adoptado sin seguir el procedimiento del art. 41 ET.

Tal y como se desprende de la doctrina a que se acaba de aludir, traslado y modificación sustancial de condiciones de trabajo son instituciones o medidas de flexibilidad interna de características y sentido muy similares. Sin perjuicio de lo cual, han venido tradicionalmente siendo objeto de una regulación diferenciada, específica para los traslados (que no dejan de ser un tipo de modificación sustancial más). Y así, acorde con ello, la nueva norma mantenía la previsión relativa a que en materia de traslados se estuviese a lo dispuesto en su normativa específica contenida en el art. 40 ET.

Por último sobre esta cuestión, pero no por ello menos importante, a semejanza de lo que ocurre en el caso de los procedimientos de inaplicación de las condiciones de trabajo reguladas en convenio, los descuelgues, se adicionaba un nuevo número al art. 41 ET para incorporar una previsión relativa a la imposibilidad de afectación de los derechos de conciliación y medidas contenidas en los planes de igualdad por medio de la adopción de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (ET art. 41.9). Esta novedad era congruente con lo dispuesto en relación con los descuelgues, como se acaba de decir, y era, además, muy necesaria. Entre otras cosas, para evitar casos tan lamentables y desgraciados como el asunto sobre el que versa la STS de 25 de mayo de 2015 (Rec. 307/2013) ECLI:ES:TS:2015:3658, donde la Sala, pese a haberse invocado el desproporcionado porcentaje de mujeres que, respecto del de hombres, disfrutaban de una jornada reducida con adaptación del horario de trabajo con fines de conciliación que se vio alterada mediante una modificación sustancial de condiciones de trabajo que restableció la exigencia de trabajar domingos y festivos, desestima la pretensión de la parte demandante, entonces recurrente, porque entiende que no se había alegado la existencia de discriminación y la calificación de la medida como tal.

109 Lo que ya sostuve MARTÍNEZ MORENO, C., *op. ult. cit.*

En conclusión, en relación con el modelo de comisiones «*ad hoc*» contenido en el art. 41 ET, y diría que, en todo el diseño de la modificación de condiciones de trabajo, resulta imprescindible recuperar aquel borrador para llevarlo a una eventual futura reformulación de un nuevo ET para el siglo XXI. Y que podría combinarse con medidas adoptadas en otros modelos posibles, como es el caso de los «*acuerdos de mantenimiento del empleo*» franceses¹¹⁰; o con alternativas como un sistema de mandato voluntario sumado a *referéndum* de la totalidad de la plantilla; el reconocimiento de derechos instrumentales y garantías a los integrantes de las comisiones «ad hoc», si es que este sistema pervive; el establecimiento de un mecanismo legal de sustitución del período de consultas por una mediación o arbitraje; la atribución de la competencia a las comisiones paritarias de los convenios¹¹¹; y, sin la menor duda, una revisión a fondo del Título II ET para crear un modelo de participación más acorde con las estructuras productivas actuales y la dimensión de las empresas.

6. Los contenidos del convenio colectivo: nuevos y no tan nuevos desafíos

Al margen de las ya aludidas cuestiones relativas a la estructura y articulación de la negociación colectiva, la necesaria redefinición de los ámbitos funcionales de los convenios, y el pretendido reforzamiento del papel del convenio sectorial en la última reforma¹¹², en verdad que son muchas las cuestiones que siguen constituyendo, algunas desde hace décadas, retos pendientes para la negociación. Empezando por una de ellas, una articulación original, valiente, efectiva y eficiente del uso de los tiempos —y, por consiguiente, de la ordenación de la jornada de trabajo— que tenga de verdad en cuenta el derecho de las personas a la conciliación responsable¹¹³. Resulta bastante incomprensible —pese a todas las dificultades que comporta negociar un buen convenio colectivo— el silencio, antes de la reforma de 2019 y ahora, que la mayor parte de los convenios guardan respecto del art. 34.8 ET¹¹⁴.

De todas formas, y puesto que es esta una materia que se aborda con mucha más profundidad y solvencia en otro lugar de esta misma obra¹¹⁵, en este momento únicamente interesa y es posible puntar algunas de esas otras materias o aspectos de la ordenación de las relaciones de trabajo que habría que afrontar en la negociación colectiva del presente y del futuro. Empezando por la renovación del AENC, urgente en un momento de inflación galopante, con el fin de poder ofrecer respuesta al patente y efervescente panorama de conflictividad que está originando el asunto de la revalorización y garantía salariales en los convenios colectivos que están por avanzar y concluir su actualización¹¹⁶; y con impulso renovado¹¹⁷ a partir de la

110 https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista_ais/166/102.pdf (consultado el 27 de abril de 2023).

111 STS de 18 de mayo de 2016 (Rec. 140/2015), asunto convenio de *Swissport Handling* para Madrid y Lanzarote.

112 Véase CRUZ VILLALÓN, J., «El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva», *Labos*, Vol. 3, n.º 1, pp. 134 y ss. [<https://doi.org/10.20318/labos.2022.6849> (última consulta, 27 de diciembre de 2022)].

113 Puede verse FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y PRIETO PADÍN, P., «La conciliación de la vida laboral y familiar en los convenios colectivos de sectores emergentes: aspectos novedosos», en *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva* (Dir. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.), Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales n.º 119, CCNCC, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020, pp. 355 y ss.

114 Lo llevamos diciendo mucho tiempo, en la última ocasión en mi caso en MARTÍNEZ MORENO, C., «La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿Hasta dónde llega el avance?», *Revista Derecho Social y Empresa, Reformas en materia de igualdad entre hombres y mujeres*, n.º 12, febrero de 2020, pp. 61-80; y SAN de 22 de diciembre de 2021 (Proced.280/21).

115 Ver Capítulo VI, apartado 3.

116 De nuevo, entre otras muchas voces, la de CRUZ VILLALÓN, J. «El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva», *Labos*, Vol.3, n.º 1, pp. 134 y ss. [<https://doi.org/10.20318/labos.2022.6849> (última consulta, 27 de diciembre de 2022)].

117 Editorial «La renovada relevancia de la cuestión salarial en el despliegue de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021 y la Directiva europea sobre salarios mínimos adecuados», *Revista de Derecho Social*, n.º 99, 2022, pp. 7 a 16.

*Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea*¹¹⁸. Renovación que, al filo del cierre de esta edición, se ha producido, al haber suscrito los interlocutores sociales a comienzos del mes de mayo el V Acuerdo Social de negociación colectiva 2023-2025. Y siguiendo por el logro de la inclusión, también vía negociación colectiva, de colectivos todavía insuficientemente protegidos, como el empleo doméstico, el personal de cuidados, el trabajo en contratas y empresas multiservicios, o el empleo en plataformas digitales u otras empresas virtuales. Desde luego, todo lo que concierne al impacto de la tecnología y la digitalización: teletrabajo, protección de datos, derecho a la desconexión, robótica, uso de algoritmos e IA¹¹⁹; o, por mencionar alguna otra esfera de necesaria protección, la del medio ambiente¹²⁰.

Y, por ir concluyendo, a las cuentas pendientes que tienen los convenios colectivos con la igualdad entre mujeres y hombres —por poner sólo algún ejemplo que se suma al de la conciliación corresponsable— a la valoración del trabajo y la ordenación de los sistemas de clasificación profesional sin sesgos, y la prevención de riesgos que mire hacia las mujeres y los trabajos feminizados, se agregan ahora todos los desafíos derivados de las nuevas modalidades o tipos de discriminación por otras razones, y del novedoso y complejo marco de ordenación legal. En definitiva, de la gestión de la diversidad¹²¹.

118 DOUE-L-2022-81556.

119 *Vid.*, entre otros muchos, DE LA VILLA GIL, L. E., «La regulación del teletrabajo por la negociación colectiva», en *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando VALDÉS DAL-RÉ*, *cit.*, pp. 507 y ss.; MELIÁN CHINEA, L. M., «Algoritmos laborales y negociación colectiva», *Revista de Derecho Social*, n.º 99, 2022, pp. 39 y ss.; RUIZ SAURA, J. E., «La negociación colectiva en la reciente construcción del marco normativo del teletrabajo», *Revista de Derecho Social*, n.º 99, 2022, pp. 187 y ss.; y los distintos estudios integrados en la Sección II, «La incidencia de la tecnología en las relaciones laborales», en *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva* (Dir. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.), Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, n.º 119, CCNCC, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020, pp. 549 y ss.

120 Véase ÁLVAREZ CUESTA, H., «La protección del medio ambiente en la negociación colectiva», en *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva*, *cit.*, pp. 723 y ss.

121 Ver MENÉNDEZ CALVO, R., «Negociación colectiva inclusiva: diversidad e igualdad en el actual modelo empresarial», en ARGÜELLES BLANCO, A. R. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., *Acción sindical y relaciones colectivas en los nuevos escenarios laborales*, Aranzadi, 2022, pp. 279 y ss.

VI.

CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD EN LOS CUIDADOS: LÍNEAS EVOLUTIVAS Y RETOS PARA LOS DERECHOS LABORALES

Ana Rosa Argüelles Blanco

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

1. De la responsabilidad femenina a la corresponsabilidad familiar y social

Es sabido que durante décadas en España el régimen político y el poder legislativo concibieron los cuidados como una responsabilidad fundamentalmente femenina. Que las propias normas propiciaron que los hombres fuesen los encargados de proporcionar el sustento económico a las familias —hasta el punto de que durante un largo período del franquismo contraer matrimonio implicó una excedencia forzosa de las trabajadoras en su puesto de trabajo— en tanto que la contribución primordial de las mujeres era la atención del hogar y de quienes en él habitasen. En ese contexto, los primeros derechos para la conciliación de la vida laboral y familiar se establecieron, como era el lógico desarrollo de las premisas de las que el conjunto del ordenamiento jurídico partía, como de titularidad exclusivamente femenina. En alguna medida todavía arrastramos en nuestros usos sociales los efectos de la feminización de los cuidados propia de la normativa franquista¹ y la distribución de responsabilidades se construye en el seno de la familia conforme a unos roles de género que se acentuaron como consecuencia de los cambios en la organización social derivados de la pandemia de Covid-19². Sin referirnos aquí a su génesis en las normas sectoriales, fundamentalmente en las reglamentaciones de trabajo y ordenanzas laborales aprobadas por el Ministerio de Trabajo durante el régimen franquista, baste mencionar, como normativa de alcance ya general, lo dispuesto por la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (art. 25.4) que reconocía «a la mujer trabajadora» el derecho a un período de excedencia no superior a tres años por cada hijo nacido y vivo a contar desde la fecha del parto; junto con otros como el descanso laboral antes y después del parto, y la pausa o reducción de jornada por lactancia. Si bien es verdad que el derecho a la reducción de la jornada «por cuidado directo de algún menor de seis años o a un minusválido físico o psíquico», se reconocía, en masculino genérico, a «el trabajador».

1 Como ya comenté en ARGÜELLES BLANCO, A. R., *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 25, esa normativa provocó arraigadas reglas sociales, así como estructuras económicas que lastraron la eficacia de los esfuerzos normativos que se realizaron a favor del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres tras proclamarse en la vigente Constitución con el propósito de dotarlo de garantías suficientes. Durante el pasado siglo no terminó de configurarse una pareja simétrica —más ampliamente, unas relaciones familiares igualitarias— basada en la corresponsabilidad de ambos sexos.

2 El informe presentado en el CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA, «Mujeres, trabajos y cuidados: Propuestas y perspectivas de futuro» Pleno ordinario de 27 de abril, de 2022, disponible en https://www.igualdadempresa.es/recursos/estudiosMonografia/docs/Informe_MUJERES_TRABAJOS_Y_CUIDADOS.pdf, consultado el 24 de marzo de 2023, p. 26, ha puesto de relieve que «la pandemia ha impuesto una reorientación de la vida social hacia el ámbito privado lo que, dado un escenario de partida de una mayor carga de trabajo no remunerado por parte de las mujeres, no puede sino tender a acrecentar la brecha de género en este ámbito».

La promulgación de la Constitución de 1978 y su proclamación del derecho a la igualdad abrió un camino en el que se fueron reconociendo paulatinamente a los hombres primero el acceso al ejercicio de algunos derechos para la conciliación de la vida laboral y familiar, consecuencia de la cesión por parte de la mujer trabajadora de la totalidad o una parte de su período de disfrute; y después la titularidad individual de esos derechos, señaladamente de la reducción de la jornada por razones de guarda legal, la excedencia por cuidado de hijos o familiares a cargo y la suspensión del contrato por paternidad.

Un claro síntoma de la lentitud con que se fue desarrollando ese proceso ha sido el hecho de que ni siquiera culminase el proceso de individualizar la titularidad de los derechos de conciliación la LO 3/2007, de 22 de marzo, puesto que en su versión inicial continuó atribuyendo la titularidad del derecho a la reducción de la jornada por lactancia a las mujeres trabajadoras. Tuvo que ser la intervención judicial, más concretamente la sentencia del Tribunal de Justicia (sala segunda) de 30 de septiembre de 2010, Asunto C-104/09 Roca Álvarez, la que pusiera de manifiesto que el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el empleo y el trabajo se oponía a una medida nacional, como lo era la nuestra, «que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena». Como resultado, fue el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, y, consiguientemente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (disposición final primera), —reforma tan criticada en otros aspectos, pero sin duda acertada en este— el que, por fin, corrigió en el artículo 37.4 ET ese último reducto de atribución a la mujer trabajadora en exclusiva de la capacidad de generar un derecho a la reducción de jornada o permiso en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento para la lactancia del menor, cuyo ejercicio, eso sí, venía pudiendo transferir al padre desde tiempo atrás, pero que este no tenía reconocido por sí mismo.

Ello, no obstante, la LO 3/2007 debe ser destacada como la norma pionera en la muy relevante cuestión de instituir la corresponsabilidad entre hombres y mujeres como un pilar fundamental para el ordenamiento jurídico español³, declarando que: «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio» (art. 44.1). Lo que sobre todo se tradujo en aquel momento en el deseo de equiparar de forma progresiva el régimen jurídico del permiso de paternidad con el de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, para así «contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares» (art. 44.3). En su disposición transitoria novena se dispuso que esa equiparación, a través de la ampliación del tiempo de permiso se produciría «de forma progresiva y gradual» hasta alcanzar el objetivo de cuatro semanas a los seis años de la entrada en vigor de la norma. El resultado práctico fue que sucesivas leyes a finales de cada año pospusieron, una y otra vez, la entrada en vigor de esa nueva regla que se había adelantado en el texto del artículo 48 bis ET, hasta que, por fin, ha sido la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y en la ocupación⁴, la que, de forma decidida, ha modificado la letra d) del apartado 1 del artículo 45 y, en consonancia, el apartado 4 del artículo 48 ET, para establecer como causa de suspensión del contrato de trabajo el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento en términos absolutamente igualitarios para mujeres y hombres, incluida la obligatoriedad de las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto. Avance muy importante en términos de promoción de la igualdad de oportunidades laborales por cuanto debiera, si no

3 En su exposición de motivos la LO 3/2007, al referirse a la atención especial que su texto presta a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales, señalaba que «(m)ediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa».

4 La Resolución de 3 de abril 2019 ordenó la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 6/2019 por parte del Congreso de los Diputados.

eliminar, al menos atenuar los prejuicios para la contratación de mujeres en edad fértil que se derivaban de que solo respecto de las madres hubiera la certeza de una ausencia del puesto en caso de nacimiento. Pero es que, además, el Real Decreto-ley 6/2019 introdujo mejoras en algunos derechos para el caso de asunción equilibrada de las responsabilidades familiares: es el caso de la hora de ausencia o reducción de la jornada por lactancia, en que se ha dispuesto que «cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen el período de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses», frente a los nueve que suponen el límite en otro caso.

El derecho se reconoce en el caso de nacimiento a la madre biológica y al «otro progenitor», debiendo tenerse en cuenta en la actualidad que «el término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes», como ha advertido la recientemente promulgada Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (Disp. final decimocuarta. Ocho, que añade un nuevo párrafo final al aptdo. 4, art. 48 ET).

Con este definitivo impulso a la corresponsabilidad tuvo que ver seguramente, además de la propia convicción del Gobierno y la mayoría parlamentaria que hizo posible la aprobación de aquella norma, el contexto que ofrecían los trabajos que se estaban desarrollando en el seno de la Unión Europea, y que culminaron con la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Directiva de la que se ha afirmado que establece por primera vez a nivel del derecho de la Unión reglas que contribuyen de manera eficaz a la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en el cuidado de los hijos⁵. Y así, destaca que «(l)as políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios» (considerando 6). Advirtiendo de que los Estados deben tener en cuenta, que «el perceptor principal de ingresos en una familia solo va a poder acogerse a su derecho a disfrutar un permiso parental si este está suficientemente bien remunerado, para poder mantener un nivel de vida digno» (considerando 31); en definitiva, no debe producir su ejercicio un menoscabo económico para que efectivamente se garantice la corresponsabilidad⁶.

En relación con otro derecho, el de la excedencia por cuidado de familiares, también el Real Decreto-ley 6/2019 mejoró el régimen jurídico para los casos de ejercicio corresponsable. Así, se dispuso que «(c)uando la persona ejerza este derecho con la misma duración y régimen que el otro progenitor, la reserva de puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de dieciocho meses», frente a los doce en los que de otra forma se mantendría, salvo en el caso de ser ampliada por la condición de familia numerosa.

En definitiva, puede concluirse que en la actualidad la corresponsabilidad se ha convertido en la clave de bóveda en la arquitectura de un sistema para la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de todas las personas progenitoras y cuidadoras. Un sistema que tiene como objetivo garantizar la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres. Pro futuro, es posible anunciar que la garantía de la no discriminación por el ejercicio de los derechos de conciliación, con asunción equilibrada de las responsabilidades familiares (art. 44.1 LO 3/2007) sería mayor si volviera a presentarse una iniciativa legislativa en los términos que se contenían en el Proyecto de Ley de Familias presentado al Congreso de los Diputados por el Gobierno bipartito PSOE-Po-

5 Como afirma DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M., «La Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional y su repercusión en la legislación española», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 146, 2020, p. 69.

6 Ello resulta decisivo para favorecer la corresponsabilidad familiar. Como pone de manifiesto MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, Albacete, 2023, p. 29, «(a)unque resulte prosaico, la falta de remuneración de los trabajadores varones durante el disfrute del permiso parental, a diferencia de lo previsto para el permiso de las madres, resultó ser una circunstancia claramente disuasoria de su empleo por parte de los hombres trabajadores, para evitar la merma de sus ingresos y de la situación económica familiar en un momento caracterizado, precisamente, por el incremento de los gastos».

demos⁷. Ello porque su disposición final tercera, donde se contienen diversas modificaciones al texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, hubiera reformado la letra c) del artículo 4.2, para reconocer a las personas trabajadoras el derecho en la relación de trabajo a no ser discriminadas «por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral».

Legislar activamente, con la colaboración indispensable de una negociación colectiva —tanto a través de los convenios colectivos como de los planes de igualdad— que debe reforzar los derechos establecidos con carácter general en la normativa estatal, en pro de la asunción corresponsable de los cuidados familiares tanto por las mujeres como los hombres continúa siendo necesario, pero no es suficiente. Proporcionar cuidados a quienes los necesitan se ha convertido en un problema social de primera magnitud, que lejos de resolverse está adquiriendo una dimensión cada vez más preocupante, por el envejecimiento de la población y la mayor dificultad que representa encontrar servicios adecuados para colaborar en la atención a nuestros mayores, muchos de ellos con una red familiar escasa o físicamente lejana; circunstancia esta última que promueven las características del mercado laboral y la difícil búsqueda de un empleo de calidad. Así lo tienen presente las instituciones comunitarias, que realizan la advertencia de que las políticas de conciliación de la vida laboral y la vida profesional «deben tener en cuenta los cambios demográficos, incluidos los efectos del envejecimiento de la población» (considerando 6, Directiva 2019/1158). Esos cambios demográficos instan a los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE), no solo reforzando y mejorando los servicios de atención a la tercera edad, porque, como de forma muy gráfica se ha señalado, los servicios públicos de cuidado son «el amigo invisible de la corresponsabilidad»⁸, sino también dejando de tratar a los derechos de conciliación cuando se ejercen para el cuidado de personas mayores como derechos «de segundo grado»⁹.

Es claro que la normativa tanto heterónoma como autónoma deben evolucionar y revisar sus contenidos desde una perspectiva que ofrezca un concepto más extenso y ambicioso de la corresponsabilidad. Que penetre rotundamente en la responsabilidad social corporativa y las políticas empresariales —instrumento valioso podría ser la consideración que merecen esas prácticas corresponsables en las evaluaciones para la concesión del «Distintivo de igualdad en la empresa» (DIE), como ya tiene en cuenta el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre¹⁰, y en las marcas autonómicas de excelencia en igualdad—; pero también en todas las políticas públicas.

Nuestro ordenamiento jurídico debe ofrecer soluciones a esa problemática situación social, la de un número creciente de personas dependientes, en su mayoría de edad muy avanzada; así lo reclama de forma rotunda el mantenimiento de un auténtico estado del bienestar. Este debe conseguir más que la regulación de unas prestaciones y servicios sociales cuya insuficiencia resulta enervante y preocupante para asegurar a todas las personas una vida digna, en especial en los estados de dependencia y vejez. Debe garantizar recibir esos servicios en tiempo y forma. Son también necesarios unos derechos laborales que permitan a todas las personas trabajadoras asumir las responsabilidades familiares, sin riesgos de pérdida o renuncia del empleo, atendiendo las nuevas realidades interpersonales. Las empresas deben implicarse decididamente también en la búsqueda de soluciones ofreciendo siempre, hasta donde las

7 El texto del Proyecto de Ley se encuentra disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-151-1.PDF

8 Sobre los servicios públicos de cuidado como «amigo invisible de la corresponsabilidad», *vid.* en extenso, MANEIRO VÁZQUEZ, *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, *cit.* pp. 80 y ss., que pone de relieve que deben orientarse más allá del cuidado de la infancia para proporcionar también el cuidado de personas mayores enfermas o dependientes.

9 Tal y como ha puesto de manifiesto, con gran acierto, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Los cuidados a las personas mayores: aspectos organizativos, subjetivos y asistenciales de los denominados “servicios públicos de proximidad”», *Lex social*, n.º 2021, p. 712.

10 Pues declara en su exposición de motivos que «entre los aspectos de mayor relevancia en la valoración para la concesión del distintivo empresarial en material de igualdad, se incluyen las actuaciones tendentes a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de todas las personas, estableciendo objetivos generales y articulando medidas flexibles que permitan su adaptación a la diversidad de necesidades, situaciones y carencias que se puedan presentar en el personal de las empresas». Idea que luego se traduce en su inclusión entre los criterios de valoración en el artículo 10.2 e), pero sin concretarse allí efectos para esa supuesta mayor relevancia.

características del proceso productivo lo admitan, fórmulas flexibles de trabajo, cuestión ésta a la que nos referiremos en un posterior epígrafe. En esa línea han incidido los compromisos contraídos por las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE 31 de mayo de 2023), apostando, según manifiestan en su preámbulo por una visión transversal de la igualdad que integre, con perspectiva de género, «instrumentos de flexibilidad interna en aras a una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres».

Pero tampoco sería justo que la necesaria corresponsabilidad social pasase solo por descargar sobre la organización y el patrimonio de las empresas todo el peso que, sin duda, representa para ellas el reconocimiento de unos derechos para la conciliación en términos más generosos. Volvemos, pero no solo, a retomar la tantas veces invocada necesidad de racionalizar los tiempos, todos los tiempos no solo los laborales, en nuestra sociedad. Las personas trabajadoras no aciertan a compaginar la dedicación diligente y con el rendimiento debido a su empresa con los requerimientos no solo de atención y compañía, sino también de horas en que realizar múltiples gestiones para sus seres queridos, acompañándolos o reemplazándolos en ellas, durante los horarios en que otras empleadas y empleados les emplazan (en servicios sanitarios, servicios sociales, administraciones públicas de diversa naturaleza, entidades bancarias, etc.). Horarios que de forma un tanto irracional parecen programados para usuarios de los servicios que fueran personas desempleadas o jubiladas, sin una propia jornada laboral que respetar. Quizá en esa organización de los tiempos en que los servicios se ofrecen pesa en el subconsciente de quienes los dirigen y gestionan que el país tiene mucho paro y una población envejecida. Pero no es una situación deseable. Para el ejercicio de los derechos de conciliación debe tenerse en cuenta, cada vez más, esa «vulnerabilidad administrativa» que genera otro tipo de dependencia, incrementada por la administración electrónica, comprendida ésta en sentido *lato*, —incluidos los sistemas de cita previa a través de webs— que a algunas generaciones lejos de ayudarlas las dificulta en el acceso a los servicios que requieren, para los que necesitarán reclamar apoyo a sus próximos. Hay que tenerlo muy presente al interpretar las referencias de nuestras normas a la razón de edad por la que el familiar «no pueda valerse por sí mismo»; también al organizar aquellos servicios.

Por tanto, es obligado ofrecer fórmulas —y no solo invocando a la negociación colectiva para que se ocupe de ellas, sino proporcionándolas la normativa estatal— para que los que afortunadamente tienen un empleo y quieren conservarlo no se vean, por esas circunstancias colaterales a la relación laboral pero que terminan por impactar también en ella, incurriendo en falta de rendimiento, absentismo o, en el peor de los casos, abocados a abandonar temporal o definitivamente el trabajo porque la vida no les da para más y la pregunta al entablar una relación interpersonal termine por ser ¿tú cuidas o trabajas? En último término, además, las decisiones sobre una posible renuncia al empleo comprobaríamos, una vez más, que tendría un claro sesgo de género en la mayoría de los casos, con lesión al derecho a la igualdad de oportunidades. Lesión ahora no por parte de la empresa, sino por una inadecuada articulación y organización de la red pública y privada de cuidados y una todavía insuficiente legislación laboral.

Pero volvamos, tras esta divagación sobre el contexto prestacional y burocrático que rodea a los entornos laborales y familiares, al plano de las políticas legislativas, en el que ya se refleja, en alguna medida, esa misma preocupación por la necesidad de ampliar el alcance de la corresponsabilidad. La mencionada Directiva 2019/1158 deja atisbar en sus considerandos iniciales la comprensión de que con el cambio demográfico y la presión que trae consigo sobre el gasto público, se espera que aumente la necesidad de cuidados no profesionales. E indica que «los Estados miembros deben tener en cuenta que el hecho de que los hombres y las mujeres se acojan por igual a los permisos relacionados con la familia depende también de otras medidas adecuadas, como la oferta de servicios de guardería y cuidados de larga duración accesibles y asequibles, que son fundamentales para permitir a los progenitores y a otras personas que sean responsables del cuidado de familiares, entrar y permanecer en el mercado laboral o reincorporarse a él» (12). Articular esos servicios de forma eficaz es la corresponsabilidad que compete a las administraciones públicas y, en colaboración con ellas, a otras entidades. Así, interpela, de algún modo, la Directiva a los interlocutores sociales para que cumplan su papel y asuman la corresponsabilidad que tienen en el cumplimiento de los objetivos de la norma, por más que una dificultad para que se hayan dado pasos de mayor alcance haya sido, precisamente, la falta de acuerdo que se puso de relieve entre ellos en la fase de consulta (7). Debe tenerse muy presente, además, que el Objetivo 5 de la Agenda 2030, sobre Objetivos de Desarrollo Soste-

nible, es reconocer y valorar el trabajo de cuidados no remunerado «mediante la prestación de servicios públicos, la provisión de infraestructuras y la formulación de políticas de protección social» (meta 5.4). En suma, como bien se ha señalado por alguna autora «(p)ara que la simbiosis entre el trabajo y la familia funcione es necesario construir una estrategia de socialización con el compromiso de los poderes públicos y de la propia sociedad»¹¹.

Alienta especialmente nuestra apuesta por construir un sistema de corresponsabilidad social la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, esa a la que se ha reprochado, con acierto, que perdiera la oportunidad de reconocer las responsabilidades para el cuidado de familiares como causa específica de discriminación en el empleo¹².

La exposición de motivos de la Ley 15/2022 explica que uno de sus principios inspiradores es «la coordinación entre las diferentes administraciones públicas y la colaboración entre las mismas, los agentes sociales y la sociedad civil organizada, todo ello para favorecer la corresponsabilidad social ante la discriminación» (III). Pues bien, de la misma manera, incluso con ese objetivo último de garantizar la igualdad y evitar discriminaciones indirectas en las relaciones laborales, nadie debe quedar al margen a la hora de buscar soluciones al problema que representa proporcionar a toda la población los cuidados necesarios. Es necesario que en ellos se impliquen, de forma solidaria, tanto los sujetos individuales como los colectivos. Hablamos, pues, de la necesidad de incorporar transversalmente a todo tipo de políticas y normas un compromiso general para facilitar que reciban los cuidados todas las personas que por diferentes razones estén en situación de dependencia. Debe implicarse en ello el conjunto de la población trabajadora, tanto quienes necesitan ejercitar los derechos, como quienes deben ser tolerantes con algunos efectos sobre su relación laboral del ejercicio por parte de compañeras y compañeros; también las administraciones públicas y las entidades privadas, especialmente las empresas. A nuestro juicio, esa concepción más amplia de la corresponsabilidad en la conciliación y los cuidados, evitando un impacto negativo en la igualdad de oportunidades laborales de las personas cuidadoras, es en la que deben concentrarse los esfuerzos durante los próximos años en las políticas públicas normativas —tanto heterónomas como autónomas— y en las estrategias empresariales. Tomando muy en consideración en estas últimas que ello permitirá, cada vez más, atraer y retener el talento, pues será un valor más atractivo incluso que las buenas retribuciones una ordenación racional del tiempo de trabajo, que proporcione seguridad sobre los descansos, sin incertidumbres sobre cuándo se va a reclamar a la persona trabajadora que preste servicios y que a la vez le proporcione a ésta mayores márgenes para la adaptación de su jornada, sin rigideces horarias. En esta línea, deben destacarse los compromisos contraídos por los agentes sociales más representativos en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva: el de que los convenios colectivos promoverán la implementación de la distribución irregular de la jornada con el fin de compatibilizar las necesidades productivas y organizativas de las empresas con la vida personal y familiar «articulando los sistemas de compensación de las diferencias, por exceso o por defecto»; la racionalización del horario de trabajo, con el objetivo de mejorar la productividad, pero también el de favorecer la conciliación; y la flexibilidad en los horarios de entrada y salida al trabajo, cuando el proceso productivo y organizativo lo permita.

Esa nueva corresponsabilidad social, más allá de la corresponsabilidad familiar, también obligaría a repensar la titularidad de algunos derechos laborales y el sujeto causante de su ejercicio, cuya correcta atención y cuidados sería el bien jurídico protegido. Promoviendo unas relaciones interpersonales más solidarias, como se expondrá a continuación, dentro de círculos y redes más amplias de parentesco y convivencia.

11 En palabras de FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158», *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 12, 2020, p. 11. Ello, como continúa, para garantizar la indemnidad de las personas trabajadoras que precisan conciliar y para minimizar los perjuicios que el ejercicio de los derechos reporta a las empresas.

12 *Vid.* MANEIRO VÁZQUEZ, *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, *cit.*, p. 69. Esta autora analiza con detalle las diferentes etapas en la evolución de la vinculación entre los derechos de conciliación el principio fundamental de igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, revelando que tras una segunda etapa en que se apreció una desvinculación que parecía que iba a reforzar la conciliación como causa autónoma de discriminación prohibida, en la última se ha rebajado esa expectativa. Especialmente interesante resultan sus reflexiones a propósito de otra oportunidad perdida con la sentencia *Coleman* para pronunciarse sobre la vulneración de los derechos de cuidado como causa de discriminación directa o indirecta (*ibidem*, pp. 59-62).

2. Del cuidado directo de menores y familiares próximos al cuidado de las personas convivientes

La primera y más temprana transición en cuanto al interés jurídico protegido o sujeto beneficiario en último término del ejercicio de los derechos para la conciliación, antes incluso de que se acuñara para ellos esa denominación, es la que se produjo entre la mera protección de la filiación biológica y la del cuidado de los menores a cargo por el ejercicio de responsabilidades derivadas de otras instituciones jurídicas.

Si buscamos, de nuevo, la primigenia preocupación de las normas laborales por proporcionar tiempo para los cuidados a las personas trabajadoras (concretamente, a las mujeres, como ya se indicó) esos derechos solo facilitaron inicialmente la atención del hijo o de la hija biológicos y recién nacidos, ampliándose a sus primeros años de vida en sucesivas etapas normativas. Diferentes reformas laborales, derivadas, como lógica consecuencia, de las producidas en la normativa civil, procedieron a una equiparación en la protección de la filiación, contemplando también la derivada de la adopción y, en menor medida, fueron incorporándose a los derechos para los cuidados algunas formas de acogimiento, primero a los efectos de la suspensión del contrato de trabajo (Ley 3/1989, de 3 de marzo y, especialmente, Ley 8/1992 de 30 de abril) y luego de la excedencia para proporcionar cuidados a hijos (Ley 39/1999, de 5 de noviembre). Esa pauta de evolución normativa de alguna forma culmina con el Real Decreto-ley 3/2012 (disp. final primera) que, para el derecho a la ausencia o reducción de jornada por lactancia de un hijo menor de nueve meses, sumó la situación de acogimiento del menor de esa edad (apartado 4, artículo 37 ET), extendiendo así el ámbito de protección no solo por razón de la individualización en la titularidad del derecho, ya comentada, sino por contemplar los cuidados de menores de nueve meses en casos de inexistencia de relación de filiación. Acogimiento pre-adoptivo o permanente que ya con anterioridad facultaba para la reducción de la jornada por guarda legal, con reducción proporcional del salario (apartado 5, artículo 37 ET). Cabe siquiera mencionar que la disposición final decimotercera de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, modificó la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores refiriéndose como causas para la suspensión del contrato al nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, suprimiendo al referirse a este último la precisión de que ello «siempre que su duración no sea inferior a un año», exigencia que anteriormente recogía el texto de la norma estatutaria.

Desde hace décadas ha habido circunstancias, señaladamente el número de menores a cargo —sea por nacimiento, adopción o acogimiento múltiples— o su discapacidad, que han supuesto una mejora en el ejercicio de los derechos, siendo motivo para la ampliación de la duración de la suspensión del contrato de trabajo. De igual forma que se ha ido proporcionando un régimen de ejercicio más ventajoso a las familias reconocidas oficialmente como numerosas; siendo la primera disposición que modificó el apartado tres del artículo 46 ET en este sentido la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, (arts. 9,10 y disp. adic. primera. tres), ampliando el tiempo de reserva de su puesto de trabajo en caso de excedencia hasta los quince meses en las de categoría general y los quince meses en las de categoría especial. El ejercicio de los derechos en términos de corresponsabilidad es la más reciente razón a la que se ha vinculado la ampliación de ese tiempo de reserva, como se ha comentado en el epígrafe precedente. La evolución proyectada sería que se tomaran en consideración, para proporcionarles una protección especial, otras circunstancias más allá del mero número de personas a cargo, con la introducción en nuestras normas de la nueva calificación de «familias con mayores necesidades de apoyo a la crianza» (disp. ad. segunda del Proyecto de Ley de Familias), que podrían, obedecer, según proyectaba el Gobierno bipartito PSOE-Podemos, a que estén formadas por una sola persona progenitora, donde haya personas en situación de dependencia, formadas por personas pertenecientes e los colectivos LGTBI, residentes en el medio rural, procedentes de otro Estado o territorio, etc. Veremos cómo termina, finalmente esta propuesta de enfoque, muy sugerente, pero, a nuestro juicio, de nuevo focalizada en exceso esa crianza, olvidando que tanto o más complicada resulta la conciliación cuando quienes necesitan el cuidado son las personas de avanzada edad y, por tanto, esos cambios demográficos que las políticas públicas, todas, deberían tener en mente. Faltaría aquí profundizar en la segunda transición en nuestras normas, que pronto pasaremos a comentar.

Antes de ello, siquiera en unas líneas, como muestra de la evolución normativa que se ha producido ya hace unos años, merece la pena dejar apuntada la incorporación, entre las causas para el permiso retribuido, del derecho al tiempo indispensable para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y para la preparación de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo, en los casos de adopción o acogimiento (apartado 3, letra f, art. 37 ET, reformado por Ley 26/2015, de 28 de julio, que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

El segundo tipo de transición se produjo cuando apareció en nuestra normativa la preocupación por reconocer derechos para atender no solo a menores a cargo por razones de filiación o guarda, sino también de otros familiares que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismos. Fue la mencionada Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras la que supuso un gran hito normativo, tanto por sistematizar los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico-laboral para favorecer el cumplimiento de responsabilidades familiares e introducir mejoras en su régimen jurídico y efectos, como por contemplar, al fin, la necesidad de proporcionar tiempo para el cuidado de los familiares hasta el segundo grado por consanguinidad y afinidad, sean descendientes o ascendientes, reconociendo esa necesidad de proporcionarles cuidados como causa tanto para el ejercicio del derecho a la reducción de la jornada de trabajo para su cuidado directo como a la excedencia. Con el convencimiento ya de que la dependencia que tomar en consideración no es solo la de nuestros menores, sino también la de nuestros mayores.

Algunos convenios colectivos, en especial por lo que se refiere a los permisos retribuidos de corta duración, han proporcionado una regulación más generosa, tomando en consideración al grupo familiar en sentido más extenso. En particular, se encuentran en ellos, sobre todo, ampliaciones del permiso por enfermedad u hospitalización de parientes hasta el tercer grado¹³. Seguramente en ello ha influido el interés de las comisiones negociadoras, más atentas siempre a introducir mejoras en la regulación de esta figura —con probabilidad, porque las integran personas, muchas veces varones, que consideran que recurrirán a ella en más ocasiones— que en la de la suspensión o de la excedencia. Algunos convenios prevén permisos retribuidos por consulta médica que le corresponderán al trabajador para el acompañamiento de hijos¹⁴; no se registra en los estudios que hemos podido consultar una previsión similar, sin embargo, para acompañar a otros familiares. Debieran los sujetos legitimados para negociar atender también esta necesidad, siquiera por medio al recurso a licencias no retribuidas; ciertamente, estas aparecen en algunos convenios recogidas sin carácter causal, por lo que pudieran servir a tal fin.

Conviene recordar aquí, siquiera brevemente, cómo el Tribunal Supremo aclaró que la afinidad debe definirse teniendo en cuenta los deberes y usos sociales que son práctica entre los afines en la convivencia social. Deberes y usos que se caracterizan por su reciprocidad y bilateralidad, especialmente en lo que concierne a los permisos que regula el artículo 37.3 ET (STS 18-02-1998, Rec. n.º 539/1997)¹⁵. Lo que en definitiva conduce a que los derechos puedan ejercitarse considerando como afines tanto a los familiares hasta el segundo grado del cónyuge, como a los cónyuges de los consanguíneos hasta el segundo grado de la propia persona trabajadora.

13 Vid. VELASCO PORTERO, M.^a T., «El tiempo de trabajo y su organización», en Sánchez Trigueros, C. (dir.), KAHALE CARRILLO, D. y VELASCO PORTERO (T.) (coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016, p. 248. Ya con anterioridad dio cuenta de diversos convenios con cláusulas que extienden el permiso, aunque por debajo de los dos días fijados por la ley, en el caso de familiares que no se incluyan en la regla mínima del art. 37.3 ET, CABEZA PEREIRO, J., «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras», en LOUSADA AROCHENA, J. F., (Coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos-Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, 2008, p. 253.

14 Vid. DOMÍNGUEZ MORALES, A., *Igualdad, no discriminación y negociación colectiva*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, p. 190

15 Afirmó el Tribunal Supremo en la citada sentencia que «(e)sta bilateralidad de la relación de afinidad permite en principio afirmar que no sólo es cuñado el hermano del cónyuge, sino también el cónyuge del hermano, en cuanto que una u otra posición dependen del punto de vista que se adopte para describir la relación, y en cuanto que ésta, descrita en toda su complejidad, comprende los lazos o vínculos en uno y otro sentido existentes en la misma». Y continuó poniendo de manifiesto que «(e)l sustrato social de la relación jurídica de afinidad es la unión o proximidad entre dos linajes que produce la existencia de un eslabón común entre ellos; así lo recuerdan las propias fuentes romanas que se han examinado en este litigio (Digesto 38.10.4.3). Y es

Cuestión esta, la de la conveniencia del reconocimiento de derechos de conciliación para la atención de parientes por afinidad que, no obstante, ha planteado dudas muy razonables a la doctrina académica¹⁶, porque ello podría repercutir negativamente en la asunción corresponsable de la obligación de proporcionar cuidados a la familia, por cuanto favorecería perpetuar la tradicional distribución de roles otorgando a la mujer la función de cuidadora no solo de sus consanguíneos, sino también de los afines. Dudas que seguramente tuvieron en mente quienes redactaron y aprobaron las normas extraordinarias que se aplicaron durante la pandemia por Covid-19.

Efectivamente, merece la pena que nos detengamos a examinar algunas particularidades en la configuración de los derechos de conciliación especiales que se introdujeron el artículo 6 del Real Decreto-ley 8/2020, integrados luego en el «Plan MECUIDA», sobre el que luego volveremos. En cuanto a su titularidad, el Gobierno aprovechó para alinearse y dar un primer paso en la dirección marcada por las disposiciones de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental). En cuanto a los familiares hasta el segundo grado, el Real Decreto-ley 8/2020, a diferencia de la formulación habitual en las normas estatutarias, solo se refirió a los que lo fueran por consanguinidad, sin mención a los afines. Esta apuesta ciertamente permitiría favorecer la distribución equilibrada de cargas familiares entre sexos, evitando que las mujeres asuman el rol de cuidadoras de quienes no son consanguíneos, pero, sin embargo, quizá no fue el momento más oportuno para incorporarla. Por ello, no se entendió la exclusión de los afines en semejante escenario, olvidando que la necesidad del cuidado de familiares afines no siempre obedece a una perpetuación de roles o a un no corresponsable reparto de las obligaciones de cuidado, pudiendo deberse, en aquel contexto, a la inexistencia de familiares consanguíneos, a que tuvieran una carga de trabajo reforzada en servicios esenciales, contagio o aislamiento¹⁷.

Atajando ya esos posibles reproches continuaría avanzando en esa senda de favorecer una genuina corresponsabilidad, ocupándose cada cual de sus parientes consanguíneos el ya citado Proyecto de Ley de Familias, algunos de cuyos avances probablemente asumirá un nuevo proyecto por cuanto se alinean con previsiones de la Directiva UE 2019/1158. De acuerdo con su disposición final tercera, el apartado 8 del artículo 34 ET, tendrían el derecho a solicitar adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluido el trabajo a distancia, las personas trabajadoras que tengan necesidades de cuidado de familiares por consanguinidad hasta el segundo grado; sin que se mencione a quienes lo sean por afinidad. La norma hasta ahora, por cierto, se refería solo al propósito de hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, sin limitar el grado de parentesco; solo la edad de los hijos o hijas (hasta que cumplan doce años) cuando fueran el sujeto causante de la solicitud. Así pues, una de cal y otro de arena si la reforma saliera adelante en estos términos, porque quedarían al margen situaciones en que los cuidados pudieran ser necesarios por encima de aquel segundo grado, incluso en el caso de parentesco por consanguinidad. Si bien es verdad que este límite se salva por la referencia a convivientes dependientes, que luego comentaremos.

justamente esta proximidad la que ha generado unos deberes o usos sociales, que el ordenamiento jurídico convierte, dentro de ciertos grados o líneas, en obligaciones o normas jurídicas de distinto contenido (deberes, permisos, prohibiciones, incompatibilidades)». (FJ quinto)

- 16 Así, CABEZA PEREIRO, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras», *loc. cit.*, que considera muy interesante y plausible técnica la empleada por algunos convenios de mejorar la duración del permiso en el caso de fallecimiento, hospitalización o enfermedad de parientes consanguíneos y no de afines, pp. 250-251. Consideración que compartimos, pues contribuye a favorecer la corresponsabilidad.
- 17 En este sentido, *vid.* BARRIOS BAUDOR, G., «Adaptaciones y/o reducciones especiales de jornada con ocasión de las crisis sanitaria COVID-19: Plan MECUIDA», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2020, p. 5. Por su parte, Gala Durán, C: «Las medidas adoptadas en materia de Seguridad Social y conciliación de la vida laboral y familiar en relación con la crisis del Coronavirus Covid-19», *La Administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n.º 5 /2020 (BIB 2020\11318), p. 7, señaló que resultaba discutible «por cuanto resulta evidente que, por ejemplo, los suegros pueden requerir de cuidados en una situación como la presente»; a su entender, se trató de un olvido inicial, ya que al vincularse el mencionado artículo 6 con el artículo 37.6 ET sí quedarían incluidos los familiares por afinidad.

Del mismo modo y seguramente con idéntico propósito, pretendía modificar el Anteproyecto de Ley de Familias, elaborado por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 en la reunión del Consejo de Ministros celebrada el 28 de marzo de 2023¹⁸, el régimen jurídico de la reducción de la jornada por cuidado directo de un familiar por segundo grado de consanguinidad, suprimiendo del apartado 6 del artículo 37 la referencia inmediata que se hacía a la afinidad; lo mismo pretendía hacerse con la excedencia por cuidado de familiares, pues en el apartado 3 del artículo 46 se hacía referencia inicialmente, como causa del derecho, a la atención del familiar hasta el segundo grado de consanguinidad exclusivamente. No obstante, debe destacarse que el Ministerio en este caso se cuidaba en esta ocasión ahora de proponer que los afines también sustentarían la solicitud si fuera necesario. Así, se introduciría un nuevo párrafo en el artículo 37.5 señalando que «También tendrá derecho a la reducción de jornada en atención a las mismas circunstancias y con el mismo alcance quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado del cónyuge o pareja de hecho siempre que no existieran familiares por consanguinidad directa hasta el segundo grado que pudieran acceder a la reducción descrita en el inciso anterior». Y, en términos prácticamente idénticos, se proponía reconocer también el derecho a la excedencia para cuidar al familiar del cónyuge o pareja de hecho en un nuevo párrafo dentro del artículo 46.3 ET. No obstante, el Gobierno bipartito dio marcha atrás en la reforma de este aspecto en el régimen jurídico del derecho a la reducción de la jornada y a la excedencia, puesto que en el Proyecto de Ley presentado al Congreso de los Diputados reapareció la tradicional referencia al segundo grado tanto de consanguinidad como por afinidad. Quizá en la práctica resultaría difícil probar en cada caso la inexistencia de familiar por consanguinidad o que le afectan circunstancias impeditivas para proporcionar los cuidados. Sin embargo, coincidimos con la citada doctrina (con la que se alineaba, seguramente, el texto del anteproyecto) en que la ruptura de inercias familiares sobre los roles de cuidadoras atribuidos a las mujeres hace conveniente repensar la consolidación de derechos vinculados al parentesco por afinidad, limitando las circunstancias en las que pudiera ser invocado para el ejercicio de derechos.

Volviendo a fijar la vista en el contenido del «Plan MECUIDA», la tramitación en fechas próximas de la Directiva (UE) 2019/1158 seguramente tuvo que ver con que, en cuanto al sujeto pasivo o causante, los derechos para la conciliación regulados para hacer frente a la pandemia se reconocieron para el cuidado «personal y directo» del cónyuge, pero también de la pareja de hecho. Equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho que, si bien ya habían introducido numerosas cláusulas de convenios colectivos¹⁹, aún no se había producido en el Estatuto de los Trabajadores. Y se hizo sin distinguir, para esta situación, entre las parejas que estuvieran inscritas o no en un registro. Es esta una tercera transición, la de equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho a la que, con casi total seguridad, se va a dar carácter estable en la normativa estatal, de alcance general que próximamente se apruebe, en obligada transposición de la normativa comunitaria. Que culminaría así la línea de modernización del concepto de familia iniciada por las normas que reformaron el régimen jurídico de la suspensión del contrato de trabajo una vez que se promulgó la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, admitiéndolo entre personas del mismo sexo.

Así lo establecía el mencionado Proyecto de Ley de Familias, que en su disposición final tercera había previsto la reforma de diferentes preceptos del Estatuto de los trabajadores en los que se regulan derechos para la conciliación de vida personal, familiar y laboral, introduciendo referencias al cuidado de la pareja de hecho como causa para su ejercicio: el apartado 8 del artículo 34 ET, sobre adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación; las letras a), b) y c) del artículo 37 ET, pasando a reconocer el derecho a quince días naturales de permiso retribuido en el caso de registro de la pareja de hecho, cinco días en caso accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de dicha pareja y

18 El texto de este Anteproyecto está disponible en <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/apl-ley-familias.pdf> (Consultado el 28 de marzo de 2023).

19 Entre los estudios que constatan este hecho, *vid.*, de nuevo, los de CABEZA PEREIRO, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras», *loc. cit.*, pp. 252-253, y VELASCO PORTERO, «El tiempo de trabajo y su organización», *loc. cit.*, pp. 246-247, en el que se indica como entre los muchos convenios que extienden estos permisos a los acontecimientos relacionados con la pareja de hecho, algunos exigen un periodo de convivencia anterior (p. 250).

dos días —ampliables por necesidad de desplazamiento a cuatro, como venía siendo lo habitual— por su fallecimiento. En este caso, la adecuada trasposición de la norma europea, según hemos comentado, obliga a que se adopte una nueva iniciativa legislativa con ese objetivo.

Queda aún otra línea de evolución, otra transición, por comentar. La pandemia, que puso a prueba la resiliencia de toda la sociedad y también la capacidad de adaptación del ordenamiento jurídico, singularmente el laboral, a la situación más adversa que muchos habíamos llegado a conocer en nuestras vidas, hubiera sido el momento para promulgar ya normas mucho más comprensivas con la auténtica dimensión social de la necesidad de proporcionar cuidados a las personas que los necesitan, traspasando las tradicionales fronteras del parentesco. No se hizo así, por más que el derecho previsto en el artículo 6 del Real Decreto-ley 8/2020 a la adaptación o reducción de la jornada se construyó como un derecho individual de cada uno de los progenitores o «cuidadores», avanzando una expresión que recoge también la Directiva (UE) 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, mucho más ambiciosa que las precedentes en materia de permiso parental no solo en los derechos que reconoce, sino también en cómo diseña su régimen jurídico.

En la norma de la Unión Europea, criticada porque trató de corregir las carencias de su predecesora en las medidas orientadas al cuidado de los hijos, desatendiendo el cuidado de otros familiares²⁰, se ha regulado, sin embargo, un «permiso para cuidadores», definido como la «ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores a fin de prestar cuidados o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro» (art. 3.1.c). Siendo cuidador el «trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro (art. 3.1.d). El permiso deberá ser al menos «de cinco días laborables al año por trabajador» (art. 6) y debiendo los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para garantizar el disfrute de este derecho, si bien pudiendo «estar supeeditado a su adecuada justificación con arreglo a la legislación o usos nacionales» y pudiendo distribuir esos permisos para cuidadores «sobre la base de períodos de un año, por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso». Es esta ampliación a cinco días de permiso otra reforma hubiera integrado el proyecto de Ley de Familias, con reforma del apartado 3 letra b) del artículo 37 ET, con el propósito de transponer la disposición comunitaria. Transposición a la que también obedece la inclusión en ese precepto de un nuevo apartado 9 en el que se reconocerá, por fin, el derecho a horas retribuidas de ausencia «equivalentes a cuatro días al año» —lo que permite pensar que pudieran solicitarse de forma discontinuada— de la persona trabajadora «a ausentarse del trabajo por fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes e imprevisibles, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata» (disp. final tercera).

Se constituye, en suma, a la convivencia con la persona que precisa atención como el vínculo relevante para reconocer algunos derechos, exista o no parentesco, aunque dejando sin precisar los requisitos que se le pueda exigir²¹. Y esta es una nueva transición que está en nuestro ordenamiento laboral por hacer —al margen de alguna singular previsión conven-

20 Vid. MANEIRO VÁZQUEZ, *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, cit. pp. 26-27. Bien al contrario, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., «Los derechos de conciliación corresponsable en el derecho español a la luz de la Directiva 2019/1158», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 154, p. 149, considera que la Directiva 2019/1158 comprende el conjunto de «responsabilidades asistenciales de los progenitores y de los cuidadores», de modo que abarca la crianza de los menores y la atención de mayores, personas enfermas y dependientes tanto familiares como convivientes en el mismo hogar. Ambas lecturas, a nuestro juicio, son compatibles, porque el hecho es que el permiso para cuidadores avanza en el segundo camino como la segunda autora sugiere, pero sin duda continúa dándosele un relieve menor que a los derechos para la crianza, como sostiene la primer.

21 En este sentido, MANEIRO VÁZQUEZ, *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, cit., p. 114, pone de relieve que no parece exigirse un tiempo mínimo de convivencia, ni se concreta si debe tener lugar en el momento en que surge la necesidad de proporcionar los cuidados o pudiera decidirse después, con ocasión de ese hecho. Como señala, son todas estas cuestiones que quedan a la determinación de los Estados miembros.

cional²²— y a la que, en nuestra opinión, habría que dar un mayor alcance en cuanto al tipo de derechos que esa convivencia con la persona necesitada de asistencia pueda dar acceso. Lo preferible, lo socialmente necesario, de ahora en adelante, sería hablar de personas que, por vínculos de parentesco sin limitación de grado o convivencia —previa o sobrevenida por causa de la dependencia— se encontraran necesitadas de proporcionar y recibir cuidados. Esa situación de necesidad podría ser acreditada por cualquier forma admitida en derecho: respecto a la persona cuidada, mediante informes médicos o de servicios sociales; respecto a la cuidadora, por la existencia de responsabilidades civiles de cuidado y la ausencia de otras personas cuidadoras, en general o, más ampliamente, en la localidad de residencia de la primera²³.

En ese sentido caminaba el Proyecto de Ley de Familias. Confiemos en que se mantengan en ella las previsiones establecidas para facilitar los cuidados de personas a cargo con las que no exista parentesco, pues es este un avance social muy necesario por las características poblacionales a las que ya nos hemos referido. En ese sentido, se había proyectado modificar el apartado 8 del artículo 34 ET para que las adaptaciones de tiempo de trabajo y forma de la prestación que en él se regulan constituyesen también un derecho para aquellas personas trabajadoras que «tengan necesidades de cuidado (...) de otras personas dependientes, cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, debiendo justificar las circunstancias que fundamentan su petición». Nos gustaría, incluso, que la norma fuera más allá, pidiendo esa acreditación de circunstancias que hacen necesaria la adaptación, pero sin exigir la convivencia. Cualquiera que haya tenido personas a cargo —muchas veces familiares más allá del segundo grado al que se refiere antes la norma— conoce que, por ejemplo, los horarios de acompañamiento a nuestros mayores en las residencias, cuando la situación laboral, de la vivienda, etc., no permite que estén en nuestro domicilio, no son precisamente flexibles —bien al contrario, me voy a permitir decir que son de una rigidez casi cuartelaria— ni fáciles de encajar con una jornada laboral partida.

También nos parece plausible que se proyectase modificar la letra b) del artículo 37 ET para reconocer cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de «cualquier persona distinta de los anteriores (*cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consaguineidad afinidad*), que conviva con la persona trabajador en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella».

En definitiva, proporcionar los necesarios cuidados a las personas dependientes pasa por romper la «pared de cristal» que representa la familia y el grado de parentesco para muchas personas que están solas —en sentido absoluto o por lejanía, en grado y/o territorio, de los parientes—y los requieren. Probablemente, este es principal reto al que nos enfrentaremos en las próximas décadas en la materia que nos ocupa. Dejemos, desde las normas laborales, que la solidaridad fluya con quienes son dependientes y conviven con nosotros, en sentido amplio; al menos con aquellas personas con las que declaremos, de algún modo que pueda contrastarse, hacernos responsables.

3. La adaptación de la jornada y otras condiciones de trabajo como genuina fórmula para la conciliación

Comenzando de nuevo con una fugaz y parcial mirada hacia otras etapas de nuestra legislación laboral, el tiempo para los cuidados se proporcionaba fundamentalmente regulando derechos a la ausencia, más allá de los permisos ocasionales de corta duración y del

22 Menciona VELASCO PORTERO, «El tiempo de trabajo y su organización», *loc. cit.*, p. 248, el caso el Convenio colectivo de la industria textil y de la confección, que reconoce, al menos, el permiso a un día sin retribución por fallecimiento «de persona que conviva en el hogar». Ciertamente, es un permiso ya para el caso de infortunio fatal, no para proporcionar previamente los cuidados, que es lo que aquí postulamos.

23 Como ya apuntó, respecto a la acreditación de los deberes de cuidado a efectos del ejercicio de los derechos reconocidos en el Real Decreto-ley 8/2020, BARRIOS BAUDOR, «Adaptaciones y/o reducciones especiales de jornada...», *loc. cit.*, p. 2.

permiso o reducción de la jornada por lactancia²⁴ que también provocan, en definitiva, una desconexión con el trabajo, aunque de baja intensidad. Así, se reconocieron períodos de menor o mayor extensión en forma de suspensión del contrato de trabajo o de excedencia (durante un tiempo forzosa para la mujer casada), en los que la persona trabajadora dejaba de prestar servicios por completo para centrarse en procurar atención a quien la requería con un derecho a la reserva del puesto de trabajo o, en un nivel menor de protección, con la expectativa de cubrir una vacante apropiada para reincorporarse una vez que la excedencia voluntaria finalizase. Estos derechos, que permiten la asunción de determinadas responsabilidades familiares y proporcionar cuidados a menores y mayores dependientes, especialmente a partir la Ley 39/1999 han experimentado numerosas mejoras en su régimen jurídico a través de múltiples reformas que han afectado tanto a su titularidad como a su duración, a la flexibilidad en el ejercicio del derecho, a la extensión por más tiempo de la reserva del puesto de trabajo, etc.

Pero por más que se hayan establecido algunas disposiciones dentro del régimen jurídico de la suspensión del contrato de trabajo y las excedencias con el propósito de que el ejercicio de estos derechos no suponga un lastre o una rémora en el derecho a la promoción profesional de quien los ejercita, con consecuencias en la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres, a nadie se le escapa que la mayor garantía para una carrera profesional exitosa es que no exista una desvinculación por un período considerablemente largo del entorno laboral. Aunque existen medidas arbitradas por la legislación para asegurar un progreso adecuado y las expectativas de promoción (por ejemplo, la obligación empresarial de convocar a cursos de formación profesional, especialmente con ocasión de la reincorporación, para el caso de excedencia por cuidado de menores o familiares, *ex art. 46.3 ET*), la interrupción prolongada de los servicios siempre puede tener consecuencias indeseadas *ad futurum*. Amén del impacto adverso de género que provoca el ejercicio de esos derechos de conciliación en materia de pensiones, desproporcionado incluso, como ha sido puesto de manifiesto²⁵.

De ahí que consideremos que las reducciones de la jornada laboral, los permisos ocasionales y licencias de corta duración y, sobre todo, la flexibilidad y la adaptación del tiempo de trabajo son los mejores mecanismos tanto para la conciliación entre tiempo de trabajo y tiempo para los cuidados, como para garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades en el empleo y de trato en las condiciones de trabajo entre las mujeres y los hombres.

No es el propósito de estas reflexiones entrar en los detalles de las numerosas y significativas reformas operadas en el texto de los apartados 4 y 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores desde la Ley 8/1980, de 10 de marzo hasta nuestros días. Son numerosos los estudios doctrinales sobre las causas de reducción de la jornada laboral vinculadas al derecho a la conciliación, sea por cuidado del lactante menor de nueve meses, por nacimiento de hijo o hija que deban permanecer hospitalizados tras el parto, por guarda legal del menor de doce años, persona con discapacidad o cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que no puedan valerse por sí mismos. Como también sobre el derecho a proporcionarse el tiempo y los cuidados necesarios para su protección integral que permiten mediante la reducción de su jornada laboral reconocido a las víctimas de violencia de género o del terrorismo (art. 37.8 ET).

No obstante, merece la pena poner de relieve que no todas esas reformas mejoraron, desde la perspectiva de atención a las necesidades de las personas trabajadoras, los términos de posible ejercicio del derecho, como cabría esperar, sino que alguna trajo consigo importantes restricciones para ponerlo en práctica. Así, la efectuada por la disposición final primera de la Ley 3/2012 en el apartado 5 del artículo 37 ET es un claro ejemplo del potente efecto —en este caso, contrario a los intereses de la conciliación— que puede llegar a tener la introducción de

24 A la evolución de las normas laborales establecidas para articular el trabajo con la protección de la familia en el siglo XX, con carácter previo a la aprobación de la Ley de Conciliación 39/1999, dediqué un análisis detenido en ARGÜELLES BLANCO, *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral, op. cit.*, pp. 43-50.

25 *Vid.*, por sobre el particular, el comentario de POYATOS I MATAS, G., «Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 458, 2021, en especial, pp. 122-126, a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 186/2021, de 17 de febrero y el voto particular disidente en el que se incluye cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

una sola palabra nueva —derecho a una reducción de la jornada de trabajo «diaria»— en un texto legal. Pues de un plumazo con ella se dio al traste con la evolución que la jurisprudencia había experimentado en los años precedentes²⁶.

Sin restar un ápice de importancia a la potencialidad conciliadora entre vida laboral, familiar y personal que tienen las reducciones de la jornada laboral por las causas reconocidas con ese objetivo, un examen de las múltiples resoluciones judiciales que han tenido que dictarse, no solo por los conflictos entre entidades empleadoras y personas trabajadoras por los términos de su ejercicio sino, especialmente, por la lesión de otros, señaladamente los retributivos, como consecuencia de aquel, ponen de manifiesto que tampoco es un herramienta jurídica ideal para la finalidad pretendida si se la analiza desde la perspectiva de la garantía de la igualdad de trato y oportunidades laborales. Siendo la reducción de la jornada en demasiadas ocasiones fuente de discriminaciones indirectas, en especial²⁷ en las retribuciones como demuestra un examen de las resoluciones dictadas por los órganos de la jurisdicción social²⁸, seguramente siempre que sea viable y bastante la fórmula que ofrece mayores garantías es el derecho de las personas trabajadoras a solicitar adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo.

Efectivamente, en la tesitura social y jurídica propia del siglo XXI ha parecido necesario ampliar el espectro de los derechos para la conciliación, mejorando con ello la calidad de trabajo y vida de las personas. Como bien se ha señalado desde la OIT, «los trabajadores necesitan mayor soberanía sobre su tiempo», tanto mediante limitaciones a su tiempo máximo de trabajo —e, incluso, de puesta a disposición, pues sería bueno revertir la tendencia a considerar más valiosa a la persona trabajadora más disponible²⁹— como ampliaciones en sus derechos para acomodar el horario con el fin de equilibrar vida personal y laboral³⁰ «Sobera-

-
- 26 Como ya criticamos en ARGÜELLES BLANCO, A. R., «Nuevas fórmulas jurídicas y problemas sociales en la gestión del tiempo de trabajo», ARGÜELLES BLANCO, A. R. y ROMERO BURILLO, (Dir.), *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 122-124. Ello porque tras haberse resuelto durante años favorablemente las demandas de excluir varios de los días laborables de la semana, al aplicar la reducción de la jornada, al tener en adelante que ser una reducción «diaria» se excluyó esa posibilidad. Y con ello, a nuestro juicio, la asunción equilibrada y corresponsable de los cuidados para algunos supuestos de miembros de una misma unidad familiar que trabajasen en distintas empresas y quisieran repartirse los días de la semana para cuidar a la persona a cargo; sólo se podría ya repartir las horas del día, no de la semana. Téngase en cuenta que, en algunos casos de los anteriormente vistos por nuestros tribunales, la solicitud se instaba por parte de la persona trabajadora precisamente porque el otro cuidador tenía su jornada laboral parcial concentrada ab initio en determinados días de la semana. No obstante, ya entonces señalamos que seguramente la regla introducida por la Ley 3/2012 no debía considerarse como derecho necesario, siendo susceptible de ser modificada por convenio en beneficio de la parte trabajadora y que esa debería ser la tendencia en la negociación colectiva.
- 27 *Vid.* un comentario de la doctrina judicial y la jurisprudencia más reciente en GARCÍA ROMERO, B., «Necesidades de cuidados, derechos laborales y medidas para mitigar su impacto en la protección social», en GARCÍA ROMERO B. y LÓPEZ ANIORTE, M. C. (Dir. y coord.), *Protección social de los cuidados*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 50-52.
- 28 Como ejemplo de todas ellas baste mencionar el supuesto examinado por la STSJ Madrid 481/2005, de 30 de mayo, en que la empresa vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación al establecer diferencias en los complementos retributivos —por dedicación y objetivos— y disminución de los días de libranza entre el personal con jefatura de sección a tiempo completo y con jornada reducida —todas ellas mujeres— por cuidado de hijos.
- 29 Haciendo referencia a la extensión, bien al contrario, de esta conciencia, comprensible desde la perspectiva de las empresas que recurren cada vez más a sistemas de producción *just in time*, MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R., «Tiempo de trabajo y desconexión digital. Hacia una nueva ordenación a partir de la normativa comunitaria y su interpretación judicial», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 154, 2022, p. 71, pone de manifiesto que «no puede obviarse el recorte significativo que esta flexibilidad empresarial supone para los derechos laborales, al interferir en los tiempos inicialmente planificados para el ocio y las responsabilidades familiares», que ofrece un minucioso estudio sobre las guardias de presencia y las guardias de localización, con delimitación de la calificación como tiempo de trabajo de las guardias de disponibilidad no presencial en función de su impacto sobre el tiempo libre (*ibidem*, pp. 75).
- 30 *Vid.* el sugerente estudio de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «La “soberanía del tiempo”. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40 (1), 2022, pp. 38-39, a propósito de los instrumentos internacionales en los que, avanzada ya la primera década del siglo XXI, se ha comenzado a destacar la necesidad de mantener las limitaciones del tiempo de trabajo para apoyar a los trabajadores en el cumplimiento de sus responsabilidades familiares y como parte básica de la promoción de la igualdad de género. Destacando entre ellos el estudio general «relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo-garantizar un trabajo decente para el futuro» presentado en la 107.ª

nía del tiempo de vida» que también favorecería la pretendida reducción de la semana laboral a cuatro días o treinta y dos horas³¹.

En derecho español, un primer empuje de la normativa general en ese sentido lo proporcionó la Ley Orgánica 3/2007, concretamente su disposición adicional primera, al incluir un nuevo apartado 8 en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores que favorecía introducir una flexibilidad que permitiese a la persona trabajadora adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. No obstante, en ese primer momento el Parlamento se limitó a incorporar una norma promocional de la negociación colectiva o individual en ese sentido, sin decidirse a incorporar un auténtico «derecho» subjetivo *ex lege* por cuanto, aunque en el texto legal apareciera ese término inicialmente, terminaba por señalar que lo sería «en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue (el trabajador) con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquella» Y los estudios al respecto no hicieron sino poner de manifiesto un desarrollo muy limitado en los convenios colectivos del mandato legal³².

Pronto el Tribunal Constitucional advirtió de la posibilidad de interpretar que de ese apartado 8 del artículo 34 ET no nacía un derecho directo del trabajador, dictando resoluciones contradictorias, que provocaron una preocupante inseguridad jurídica (SSTC 24/2011, de 14 de marzo y 26/2011, de 14 de marzo)³³. El Tribunal Supremo, en lo que fue consolidada jurisprudencia, optó por esa interpretación, descartando que de aquel precepto se dedujera la posibilidad de que la persona trabajadora solicitase la variación de su horario o el cambio en la asignación de turnos³⁴. Fueron numerosas las resoluciones denegatorias de las demandas de las personas trabajadoras que intentaron canalizar sus pretensiones acogiéndose exclusivamente a la ley para ello y que aclararon que, sin reducción de la jornada, no había un auténtico derecho a modificar el horario de trabajo.

Años después, la Ley 3/2012 introdujo un párrafo señalando que «A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la pro-

reunión de la Conferencia General, de 2018; y el informe de la Comisión Mundial “Trabajar para un futuro prometedor», de 22 de enero de 2019. Como medida para desprecariar el mercado laboral, recientemente se recogió en el llamado Informe PRESME, la de «Empoderar a las personas trabajadoras sobre el tiempo de trabajo y el tiempo de no trabajo, con especial referencia a la desconexión digital» (COMISIÓN DE PERSONAS EXPERTAS SOBRE EL IMPACTO DE LA PRECARIEDAD LABORAL EN LA SALUD MENTAL EN ESPAÑA, Precariedad laboral y salud mental. Conocimientos y políticas (el título en cursiva), Vicepresidencia Segunda del Gobierno-Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 2. Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2023/170323-informe-salud-mental.pdf>. Consultado el 5 de junio de 2023)

- 31 Como expresa MIÑARRO YANINI, M., «Del fallido debate de la jornada de “35” horas al de “32”: la dialéctica entre reducción o distribución de la jornada de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 456, 2021, p. 7.
- 32 Por todos, *vid.* lo afirmado por LAHERA FORTEZA, J. y GARCÍA QUIÑONES, J. C., *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 37-64 y 121, tras un exhaustivo análisis de los resultados de la negociación colectiva en la materia en el período de la muestra, antes y después de la reforma operada por la LO 3/2007.
- 33 La primera sentencia de las arriba mencionadas no apreció vulneración del derecho a la no discriminación por denegar la solicitada adscripción a un turno fijo en lugar de seguir sujeta la trabajadora a turnos rotatorios; sin embargo, la segunda concedió el amparo porque las resoluciones recurridas no reconocieron el derecho al trabajador varón al cambio de turno rotatorio a turno fijo. Sobre esta doctrina, en extenso, *vid.*, GARCÍA RUBIO, M.ª D., «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de la jornada», *Relaciones Laborales*, n.º 13, 2011, pp. 51 y ss.
- 34 Así, entre otras, la STS de 20 de octubre de 2010 (Rec. n.º 3501/2009) resolvió que «no se contempla en el Estatuto de los trabajadores otra posibilidad de variación del horario que la del artículo 41.1.º b) del Estatuto de los Trabajadores, como modificación sustancial de las condiciones de trabajo a instancia de la dirección de la empresa en las condiciones tasadas por el precepto, pudiendo dar lugar, en su caso, a las rescisión del contrato». En el mismo sentido se había pronunciado ya el Tribunal en las STS de 13 de junio de 2008 (Rec. n.º 897/2007) y de 18 de junio de 2008 (Rec. 1825/2007), en ambas con el voto particular formulado por los Magistrados Excm. Sra. Dña. Rosa Virolés y Excmo. Sr. Jordi Agustí, que instaban «una interpretación y aplicación de la norma controvertida teniendo en cuenta la especial naturaleza y trascendencia del derecho reclamado y la realidad social a día de hoy».

ductividad de las empresas». Insistiendo así en la misma línea promocional y sin que tuviera ninguna consecuencia legal no seguir esa voluntad del legislador de promover la utilización de los mencionados modos de organización del tiempo de trabajo³⁵.

Las normas promulgadas para hacer frente a la situación pandémica propiciaron un régimen más comprensivo con la necesaria repercusión en la jornada laboral de los cuidados. Seguramente porque la crisis sanitaria puso de manifiesto con toda su crudeza que, por más que haya una red pública para proporcionar cuidados, con síntomas ya de agotamiento y falta de adecuación a las necesidades sociales en tiempos pre-pandémicos, esa red tiene un funcionamiento excesivamente lento para atajar a tiempo los problemas y sus servicios resultan insuficientes. Siendo obligado y crucial para que lleguen esos cuidados el despliegue de las relaciones familiares y, más ampliamente, las de convivencia o, incluso, de buena vecindad y amistad. Impulsado por las medidas extraordinarias acordadas por los propios agentes sociales mayoritarios, CEOE, CEPYME, UGT y CCOO, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19, considerada como «la norma clave que configuró el entramado institucional del Derecho del Trabajo en la emergencia, que complementarían y modificarían las posteriores normas de urgencia, en una continua adaptación al devenir de la crisis sanitaria, prorrogando la vigencia temporal de algunas de esas instituciones más allá del estado de alarma o desvinculándolas de éste en la fase de desescalada»³⁶. Entre sus objetivos estaba el de reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables.

Más allá de lo que supusieron las normas dictadas durante ese duro y peligroso tiempo para, primero, otorgar la condición de preferente y prioritario al trabajo a distancia (art. 5 RDL 8/2020) y luego tratar de promoverlo en la medida de lo posible y razonable (RD-ley 21/2020), por razones de salud pública y prevención de riesgos pero, también, facilitando una necesidad incrementada por el contexto de cierre de centros escolares y de instituciones asociadas a la dependencia, de conciliar la actividad laboral con el cuidado familiar, el «Derecho del trabajo de urgencia en la emergencia»³⁷ se ocupó de facilitar la conciliación entre el trabajo presencial y el cuidado de familiares mediante la introducción de dos derechos excepcionales y temporales —cuya vigencia fue sucesivamente prorrogada— a la adaptación del horario y a la reducción de jornada por concurrencia de «circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19». Dichas medidas para la conciliación, contempladas en el artículo 6 del RD-ley 8/2020, terminaron prorrogándose y cristalizando en el que pasó a denominarse como «Plan MECUIDA» (art. 15 RD-ley 15/2020, de 21 de abril), que se mantuvo finalmente vigente por el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (disposición. ad. tercera), hasta el 31 de enero de 2021. En estas disposiciones se reguló el derecho a una reducción especial de la jornada, y también no ya un «derecho a solicitar» (ex anterior dicción del art. 34.8 ET) sino un «derecho a acceder» a su adaptación, aplicable tanto en el supuesto de trabajo presencial como a distancia. Se pasa entonces de la mera expectativa a un derecho subjetivo perfecto³⁸. La exposición de motivos del RD-ley 8/2020 aventuraba que la persona trabajadora «tenderá a solicitar preferentemente la adaptación de la jornada, que le permite mantener el trabajo y la retribución, o reducciones de intensidad baja a efectos de perder la mínima cuantía retributiva». La afirmación sirve también para el contexto sociolaboral postpandemia.

35 Como puso de manifiesto GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, «Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral», en I. GARCÍA-PERROTE y J. MERCADER, *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012, pp. 273-274.

36 CASAS BAAMONDE, M.^a y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «Las medidas laborales y de seguridad social en el estado de alarma y en la “desescalada”», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE (Dir. y coord.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, p. 34.

37 *Ibidem*, p. 32 y, en particular, pp. 39-40 sobre el trabajo a distancia y las medidas para conciliación de familia y trabajo.

38 Puso de relieve FALGUERA BARÓ, M. A., *Análisis de urgencia de la legislación laboral durante el estado de alarma por el Covid-19*, Bomarzo, 2020, pp. 26-27, que «Si bien se mira el artículo 34.8 ET se limita a regular un plazo de negociación entre las partes (con posterior intervención judicial), mientras que la norma de flexibilidad extraordinaria analizada reconoce plenamente el derecho. Mutatis mutandis... (...) podría asimilarse a las competencias empresariales en el caso de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (aunque sin que la decisión del sujeto que ostenta el derecho sea, en este caso, de carácter ejecutivo».

Con gran amplitud, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas contempladas, se permitió no sólo la adaptación de la jornada, sino también de otras condiciones de trabajo. Así se mencionaron todas estas posibilidades, en una lista abierta: «El derecho a la adaptación de la jornada podrá referirse a la distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo, cuya alteración o ajuste permita que la persona trabajadora pueda dispensar la atención y cuidado (...) Puede consistir en cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado» (apartado 2, art. 6 RD-ley 8/2020). Ciertamente, para hacer ese juicio de razonabilidad tendría particular relevancia la dimensión de la entidad afectada³⁹.

Una importante novedad, en lo que atañe a este comentario, es que se pasó a establecer que el trabajador podía exigir la adaptación de la jornada de trabajo sin ser necesario un acuerdo individual o por convenio. En cuanto al ejercicio del derecho se atribuyó «la concreción inicial a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido, siempre y cuando esté justificada, sea razonable y proporcionada, teniendo en cuenta las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar, debidamente acreditadas, y las necesidades de organización de la empresa». Así pues, el empresario solo podía oponerse cuando la medida no estuviera justificada, resultara irrazonable o desproporcionada.

Lo más destacable es que algunas de esas reglas, articuladas para hacer frente la pandemia, vinieron para quedarse, como ha ocurrido con el teletrabajo, del que se esperaba, en buena lógica, que, una vez vista su potencialidad, tuviera una futura superior extensión, con prevalencia del modelo semipresencial⁴⁰. En términos generales, puede pensarse que la adaptación de la jornada laboral resulta mucho más fácil en el trabajo a distancia que en el prestado de forma presencial. Por lo que potenciar el trabajo a distancia supondría, en principio, favorecer la conciliación y el tiempo para los cuidados, y así lo ha manifestado la propia OIT, apostando por que se aproveche la tecnología para conciliar la vida profesional con la personal⁴¹.

No obstante, tampoco pueden desconocerse las limitaciones existentes para ello y sus posibles inconvenientes, como, en general, los de las formas de trabajo basadas en el uso de las TIC, a distancia o no, pues las empresas consiguen con el uso de software especializados optimizar y ajustar los horarios a los riesgos y demandas empresariales; pero ello con la proliferación de horarios de trabajo impredecibles e inestables, que, además de inconvenientes de índole económica, producen otros para el ejercicio de derechos laborales como el de desconexión digital y el de conciliación laboral, personal y laboral⁴². El trabajo remoto difumina de forma acusada los contornos entre la vida privada y la profesional, siendo difícil hacer efectivo el derecho a la desconexión digital⁴³, imprescindible para que las posibilidades de conciliación existan⁴⁴. Como ha señalado la doctrina, puede que el derecho a un registro horario adecuado resulte insuficiente y hubiera ofrecido mayores garantías una preceptiva habilitación de sistemas de

39 Como señaló GALA DURÁN, «Las medidas adoptadas en materia de Seguridad Social y conciliación de la vida laboral y familiar en relación con la crisis del coronavirus Covid-19», *loc. cit.*, p. 7.

40 CRUZ VILLAZÓN, J. «Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE (Dir. y coord.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 186-187.

41 Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Ginebra, 2019, p. 13.

42 Compartimos lo afirmado por JALIL NAJI, M.: «La transposición de la Directiva 2019/1152: ¿Una oportunidad para intervenir en la precariedad laboral asociada a la ordenación jurídica del tiempo de trabajo», *Congreso Internacional «Retos interdisciplinarios en el Entorno de la Industria 4.0»*, p. 206.

43 MARTÍN RIVERA, L., «Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 250, p. 160, se refiere a este hecho, comentando un informe de Eurofound que muestra la tendencia debido al teletrabajo a unas jornadas más prolongadas, mayor intensidad del trabajo y a la superposición entre el trabajo remunerado y la vida personal.

44 Como ha comentado, QUÍLEZ MORENO, J. M.^a, «La jornada de trabajo y su relación con el trabajo efectivo: Reflexiones sobre si el mismo es eficaz o eficiente y cumple con el trabajo decente», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 254, 2022, p. 43, respecto al trabajo a distancia «si lo que se pretende conseguir es conciliar trabajo con vida familiar, lo que no se puede obtener es una merma de derechos, una jornada excesiva, y una sobrecarga laboral, pero en un entorno más “doméstico”».

desactivación de los equipos⁴⁵, o, al menos, alertas en los dispositivos electrónicos cuando se exceda el tiempo de trabajo y se utilicen durante el tiempo de descanso⁴⁶. Sin olvidar otros riesgos asociados, como el de la invisibilidad y el aislamiento de la persona teletrabajadora o, incluso, el propio retorno a un reparto de las tareas domésticas y familiares más tradicional si los trabajos que desarrollan mayoritariamente las mujeres son más fácilmente reconducibles al trabajo a distancia⁴⁷. Por más que, debe remarcar, en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva los agentes sociales signatarios hayan recordado el artículo 8.3 de la Ley de Trabajo a Distancia señalando que en el diseño de los mecanismos para el paso de trabajo presencial a trabajo a distancia «se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad» (cap. X).

Desde luego, no puede imponerse que el trabajo a distancia se plantee como el mecanismo para la cuando las condiciones tanto del puesto de trabajo como también de la vivienda de la persona trabajadora no permitan una satisfactoria implementación por esta vía. Algunos servicios requieren la presencia continuada en el centro de trabajo, es fácil entenderlo y necesario determinar cuáles sean, para lo que la negociación colectiva es el mejor instrumento. Pero también algunos alojamientos familiares no reúnen las características mínimas para asegurar un espacio en el que la persona trabajadora pueda concentrarse en las tareas laborales y el que entre trabajo y familia más que conciliación lo que va a haber es una concurrencia conflictiva. En todo caso, el régimen actualmente ofrecido por la Ley 10/2021, de 9 de julio, expresamente recuerda que «(l)as personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar» (art. 4.5)⁴⁸.

El ya mencionado Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, por su parte, aprovechó la línea de tendencia abierta por las reglas surgidas en el «derecho del trabajo de urgencia en la emergencia», pero ya con la perspectiva de su consolidación en nuestra legislación laboral. Se le reprochó que continuaba «dejando muchos cabos sueltos en la necesidad de terminar con horarios familiarmente hostiles, prolongados durante todo el día, con jornadas partidas y salidas tardías del trabajo». Y «quedando incólume la facultad de oposición empresarial» a la adaptación de los tiempos de trabajo por cuanto debieran ser cambios «razonables» y proporcionados a las necesidades de las personas y a las demandas organizativas y productivas⁴⁹.

Pero debe destacarse que esa norma realizó una significativa reforma del apartado 8 del artículo 34 ET, por más que el precepto no reconozca, propiamente, un derecho absoluto y automático, sino una expectativa de derecho⁵⁰. Debe tenerse presente que en su exposición

45 En este sentido, *vid.* MONTROYA MEDINA, D.: «Teletrabajo y prevención de riesgos laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 243, 2021, p. 51.

46 AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTÓBAL RONCERO, R., «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica», en VV. AA., *El futuro del trabajo que queremos.*, Vol. II, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, p. 340.

47 Sobre los diferentes riesgos que puede representar el trabajo a distancia para la mujer trabajadora y para la propia conciliación de la vida laboral y familiar, *vid.* ROMERO BURILLO, A. M.^a, *El marco regulador del teletrabajo*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 149 y ss.

48 Por otra parte, en su disposición final segunda la Ley 10/2021 modificó la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, incorporando un nuevo artículo 138 bis, sobre la «Tramitación en reclamaciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia» en el cuyo apartado 2 se dispone que «(c)uando la causa de la reclamación en materia de trabajo a distancia esté relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por el procedimiento establecido en el artículo 139.»

49 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por Covid-19», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER Y CASAS BAAMONDE (Dir. y coord.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, p. 269.

50 Como ponen de relieve, entre otras, MARTÍNEZ MORENO, C.: «La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿hasta dónde llega el avance?», *Revista de Derecho Social y de la Empresa*, n.º 12, 2020, p. 17. En el mismo sentido, *vid.* NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (Tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*, Dickinson, Madrid, 2019, p. 102.

de motivos el Gobierno reconoce que «las medidas de naturaleza fundamentalmente promocional o de fomento obtuvieron resultados discretos, cuando no insignificantes». Como lo era la regulación que se ofrecía, según se ha comentado aquí, sobre el derecho —necesitado de acuerdo colectivo o individual— a la adaptación de la duración y distribución de la jornada. De ahí, seguramente, que intervenga convencido de que «(e)l derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres debe suponer la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de (...) la asunción de obligaciones familiares». Sin duda la eliminación de discriminaciones indirectas se propicia favoreciendo de forma más decidida esa ordenación del tiempo de trabajo adaptada a las obligaciones familiares.

Efectivamente, con la modificación de la disposición estatutaria comentada el derecho se refuerza y se establecen mayores garantías para que pueda llegar a ejercitarse, sin que se vea dificultado su ejercicio por la empresa de forma caprichosa. Así, se incorporó un llamamiento más rotundo a la negociación colectiva. por cuanto que el convenio de forma obligatoria deberá establecer «los términos de ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre las personas trabajadoras de uno y otro sexo». Uno de los compromisos contraídos por asociaciones empresariales y organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva es, precisamente, «Desarrollar los términos del ejercicio del derecho a solicitar la adaptación de jornada, concretando los principios y reglas para la concesión de dichas adaptaciones, su reversión y los plazos de contestación a las solicitudes» (cap. XII).

Y, en caso de laguna de regulación en la norma convencional, se abrirá un procedimiento de negociación individualizada. Sobre el que también se fijan algunas pautas en la propia norma de rango legal: el período máximo para esa negociación será de treinta días; concluido el cual la empresa habrá de comunicar si acepta la posición planteada por la persona trabajadora, o plantea, por escrito, una propuesta alternativa «que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora». Finalmente, si la empresa no proporciona una alternativa, deberá indicar «las razones objetivas en que se sustenta su decisión». Por tanto, se deriva ahora un deber empresarial de dejar constancia documental de su respuesta y, lo que es mejor, de motivarla, particularmente en el caso de que deniegue lo solicitado por la persona trabajadora sin ofrecerle alguna otra posibilidad o fórmula de acomodar su tiempo de trabajo a las necesidades familiares. Con argumentos que no se limiten a la mera apreciación subjetiva sobre el negativo impacto en el proceso productivo o la organización del trabajo del ejercicio del derecho, ni, por tanto, al inclusivo interés u opinión empresarial al respecto.

Esta más clara apuesta por la regulación en convenio, sumada a los requisitos exigidos, en último término, a la decisión empresarial supusieron un avance, por más que fuera tímido. Y, como también se ha destacado, el nuevo tenor legal del apartado 8 del artículo 34 mejoró, incluso, los términos de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019⁵¹, que se refiere en su artículo 9 a las «fórmulas de trabajo flexible» para ocuparse de obligaciones de cuidado. Ello porque la norma comunitaria, por ejemplo, limita ese recurso al cuidado de hijos, limitación que, como se verá a continuación no aparece en la normativa interna; y permite a los Estados miembros supeditar el derecho a períodos de trabajo anterior o a una antigüedad que no podrá ser superior a seis meses, requisito que tampoco aparece en la norma estatal española.

En el penúltimo párrafo del precepto comentado, sobre adaptación del tiempo y otras condiciones de trabajo, se indica que «(l)lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37». Precepto este último en cuyos apartados encontramos algunas causas para la reducción de la jornada —lactancia, guarda legal— a cuya solicitud se había supeditado con anterioridad, según se ha comentado, el que hubiera, en sentido estricto, un derecho a esa adaptación del tiempo de trabajo. Consideramos que esa regulación del derecho a solicitar adaptaciones «sin perjuicio» de esos otros derechos se deba entender como que pueden ser cumulativos. Se pudiera solicitar uno de ellos y, si resultara insuficiente para la conciliación, ejercitar, además, el otro.

51 En lo relativo a la edad del menor (12 años en la norma estatal frente a 8 en la comunitaria), la no exigencia de antigüedad y la compatibilidad con otros permisos establecidos en el derecho español. *Vid.*, de nuevo, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, «Medidas para la conciliación...», *cit.*, p. 270.

También interesa destacar otra precisión introducida por la reforma, relativa a la edad del menor si es su atención o cuidado la causa de ejercicio del derecho. En el caso de que las personas trabajadoras sean progenitoras dice ahora el precepto estatutario que «tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años».

Cabe también manifestar que las alusiones de la norma al objeto de la adaptación que puede solicitar la persona trabajadora también varían. Se refiere en la actualidad a «la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia». Desapareciendo las alusiones que se hacían, en concreto, a la promoción de la utilización de la jornada continuada, el horario flexible y otras formas de organización del tiempo de trabajo y de los descansos. No obstante, hay que entender que la genérica referencia a «la ordenación del tiempo de trabajo» comprende todas esas posibilidades y la auténtica novedad estriba en la referencia a la forma de prestación del trabajo, en especial, con el recurso al trabajo a distancia como medida que pudiera favorecer, al menos en algunos casos, la conciliación.

También merece la pena poner de manifiesto que en la búsqueda de ese equilibrio entre los intereses empresariales y los de la persona trabajadora, a esta se le recuerda que las adaptaciones solicitadas «deberán ser razonables y proporcionadas en relación las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas de la empresa».

Finalmente, la reforma comentada también se interesó por proporcionar certidumbre en cuanto al momento de terminarse las adaptaciones conseguidas. Y así, expresa que la persona trabajadora tendrá derecho a solicitar su regreso a su jornada o modalidad de trabajo anterior una vez concluido el período acordado; pero también cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, lo que pudiera ocurrir antes de que finalice ese período para el que se habían previsto. En todo caso, también se han señalado sus deficiencias, poniendo de manifiesto que «el retorno a las condiciones de trabajo original tampoco se garantiza como un derecho subjetivo de la persona interesada, lo que supone una contradicción con la regulación de la Directiva» y menoscaba su efectividad práctica, especialmente desde la perspectiva de la corresponsabilidad⁵². Aunque también se ha señalado que cuando la fórmula de trabajo flexible se haya reconocido sin fijación de un límite temporal solo hay un derecho de solicitud de la reversión, que debe ser tomado en consideración por el empresario, salvo mejora que se establezca por la normativa estatal al respecto⁵³.

Por último, como en el caso del ejercicio de otros derechos establecidos para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, las discrepancias entre las partes se resolverán a través del procedimiento laboral especial regulado en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Es obligado concluir este comentario refiriéndonos «al derecho que nos viene», o, quizá «al derecho que nos venía» si hubiese llegado aculminar su tramitación parlamentaria el proyecto de Ley de Familias. Como ya se expresó en el epígrafe anterior en el Proyecto de Ley se había previsto una nueva reforma del apartado 8 del artículo 34 ET, justificada por la necesidad de ajustes puntuales a efectos de que se acomode totalmente a las previsiones del artículo 9 de la Directiva (UE) 2019/1158, sobre fórmulas de trabajo flexible. Concretamente, el apartado 2 de la disposición final tercera introducía una modificación, en primer lugar, para reducir por mitad el período máximo de negociación individual entre la empresa y la persona trabajadora cuando no haya previsión en convenio sobre los términos del ejercicio del derecho a la adaptación, que pasaría a fijarse en quince días, frente a los treinta actuales. Reducción que será muy de agradecer cuando las circunstancias familiares que atender sean —como ocurre en tantas ocasiones— apremiantes⁵⁴.

52 Así lo manifiesta RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, «La “soberanía del tiempo”. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable», *loc. cit.* p. 45. En el mismo sentido, IGARTÚA MIRÓ, M.ª. T., «Promoción de la igualdad de género a través de “fórmulas de trabajo flexible”. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158», *Femeris*, vol. 7, n.º 2, pp. 99-100, manifiesta que seguramente la Directiva regula el regreso de la persona trabajadora a la situación anterior de forma más ajustada que el derecho interno, configurándolo como un derecho de retorno, siempre, al menos, que se haya fijado un límite temporal.

53 *Vid.* lo expresado por CABEZA PEREIRO, J., «La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional», *Revista de Derecho Social*, n.º 92, 2020, p. 70.

54 Como señala MANEIRO VÁZQUEZ, *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, *loc. cit.*, p. 147, la duración esta-

Por otro lado, se reforzaría con la reforma el deber empresarial de motivar el rechazo a la solicitud en los términos planteados por la persona trabajadora, pues se deberían ofrecer las razones objetivas en que se sustenta tanto si se niega al ejercicio del derecho como también, y aquí radicaría la novedad, cuando plantee a la persona trabajadora una propuesta alternativa. Perfeccionando así la dicción vigente en cuya literalidad podría escudarse la empresa para no ofrecer justificación al denegar la adaptación en los mismos términos solicitados por la persona trabajadora si en último término la ofrece, pero en condiciones parcialmente diferentes. Igualmente, se añadiría la exigencia de que la empresa exponga las razones objetivas para denegar el regreso a la situación anterior solicitado por la persona trabajadora, *ante tempus*, cuando concorra un cambio de circunstancias que así lo justifique. Confiamos en que estas líneas de reforma, que merecían a nuestro juicio una valoración positiva, sean finalmente introducidas por una nueva iniciativa legislativa.

4. El cooperador necesario: la previsibilidad y transparencia en los tiempos de trabajo

Una última cuestión que abordar, no menor, es que para una satisfactoria conciliación de vida personal, familiar y laboral también es necesario proporcionar a la persona trabajadora y cuidadora una buena organización y, como parte de ella, una previsibilidad sobre los tiempos de trabajo y de vida personal.

Es sabido que una de las herramientas jurídicas que se han proporcionado a la empresa para favorecer la productividad y la competitividad ha sido la distribución irregular de la jornada. Esa estrategia flexibilizadora en la ordenación del tiempo de trabajo se inició con la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que modificó ya el texto original del Estatuto de los Trabajadores para disponer en el artículo 34.2 que mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podría establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Casi dos décadas después, se reformuló esa posibilidad, que pasa de ser una potestad convencional a una facultad empresarial. Fue el artículo 9 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral el que modificó el precepto incorporando una previsión según la cual la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5 por ciento de la jornada; porcentaje que incrementó al 10 por ciento la Ley 3/2012. Una disposición similar había sido previamente introducida en el artículo 85.3 por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la negociación colectiva. No se incluyeron en la ley las cautelas que las organizaciones firmantes del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva, suscrito con fecha de 23 de mayo de 2013 (en el que se refrendaba la conveniencia de articular esa flexibilidad en el 10 % de la jornada anual), quisieron que se introdujeran para que el alcance de esa facultad se sujetara a alguna ponderación de los intereses y circunstancias concurrentes, vía negociación colectiva. En ese acuerdo tanto sindicatos como asociaciones empresariales afirmaron que el convenio colectivo es el espacio adecuado para ordenar el uso flexible de elementos del tiempo de trabajo, en un sentido complementario a las previsiones legales⁵⁵.

Pero, claro, desde la perspectiva de la persona trabajadora la posibilidad de distribución irregular de la jornada por parte de la empresa viene acompañada de incertidumbre y, con ella, de dificultad para conciliar tiempo de trabajo y tiempo propio, con incidencia sobre la posibilidad de atender las responsabilidades familiares. Con acierto se ha puesto de manifiesto que esa

blecida en treinta días para el período de negociación «es especialmente perjudicial para aquellas solicitudes de adaptación que respondan a necesidades de cuidado puntuales y de corta duración, como podría ser, por ejemplo, la necesidad de que la persona trabajadora sustituya o complemente la actividad del cuidador habitual de la persona mayor durante un tiempo»; aunque, a la vez, la misma autora ponía de relieve que «el período de treinta días puede ser adecuado para el análisis estudio por la empresa de aquellas solicitudes que supongan un mayor perjuicio o una mayor necesidad de ajuste de la dinámica empresarial». A la vista de lo establecido en la reforma proyectada, no obstante, quince días parecen un período razonable, a nuestro juicio, para ese estudio.

55 Sobre la distinción entre dos niveles de flexibilidad, ordinaria y extraordinaria temporal, y otras reglas que los agentes sociales suscribieron en el mencionado Acuerdo, *vid.* ARGÜELLES BLANCO, «Nuevas fórmulas jurídicas y problemas sociales en la gestión del tiempo de trabajo», *cit.*, pp. 82-84.

adaptabilidad del tiempo de trabajo a las exigencias del negocio mediante la distribución irregular de la jornada constituye un «flanco oscuro para la conciliación»⁵⁶. Quizá deban limitarse esos márgenes de flexibilidad empresarial, al menos una vez ejercitados los derechos de conciliación, en particular a la vista de la Directiva 2019/1158, anteriormente comentada⁵⁷.

Máxime porque los poderes empresariales de disposición sobre el horario laboral y su modificación no se sujetan a preavisos razonables para reorganizar la vida personal cuando la persona trabajadora tiene bajo su cuidado directo a personas dependientes. Cabe recordar que se estableció que el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de la distribución irregular de la jornada. Ni siquiera se han llegado a exigir, pues, los siete días que se fijaron como requisito para la realización de horas complementarias en el trabajo a tiempo parcial (artículo 12.5 ET)⁵⁸, en el que, precisamente, la precariedad que se cierne sobre la persona trabajadora es aún mayor⁵⁹. Menos de una semana para reorganizarse junto con otras personas que proporcionen cuidados de la propia familia, cuando exista, o cuyos servicios deban conseguirse a través de, por ejemplo, su solicitud a una empresa de ayuda a domicilio.

¿Puede nuestra sociedad, con una población envejecida y un creciente número de personas dependientes, permitirse tal grado de incertidumbre en la ordenación del tiempo de trabajo? Seguramente no. Al menos mientras los servicios públicos y privados aún se revelan insuficientes en el día a día de muchas familias para la atención a sus familiares y convivientes. En especial en el caso de aquellas que disponen de menos recursos económicos y, por ello, menos capacidad de celebrar contratos con residencias, centros de día o de ayuda a domicilio —muchas veces, también saturados— y quedan totalmente a expensas de la lenta maquinaria pública para ofrecer esas prestaciones. Al final, todo ello termina por conducir en demasiadas ocasiones a faltas de puntualidad o, incluso, a un absentismo que tampoco a la empresa interesa. O al ejercicio de derechos —como la excedencia— que alejan a la persona trabajadora durante demasiado tiempo de su entorno laboral, con los riesgos de sufrir los potenciales perjuicios en la carrera profesional —y en la de cotización— que ya expusimos. Es necesario insistir en que, incluso en los contextos de crisis económica —que no basta para legitimar cualquier recorte de derechos laborales— debe apostarse por una gestión sostenible del tiempo de trabajo, que atienda a todos los intereses en juego y tenga en cuenta su relevancia para el conjunto de la sociedad, en todos los ámbitos.

56 Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por Covid-19», *loc. cit.*, pp. 261-262. La misma autora puso de relieve cómo durante la propia pandemia se diseñó una nueva fórmula de distribución irregular de la jornada, en forma de permiso retribuido de carácter obligatorio para el personal laboral por cuenta ajena que prestara servicios en empresas que desarrollaran actividades no esenciales, entre el 30 de marzo y 9 de abril, con la recuperación sucesiva de las horas perdidas, sujeta de no alcanzarse acuerdo a la notificación por parte de la empresa; «lo cual, a la postre, va a suponer una imposición con pocos márgenes para la conciliación de la vida laboral y familiar, que hace que se convierta en programática la cortapisa esbozada sobre el respeto a tal derecho» (*ibidem*, pp. 258-259 y p. 267).

57 Entiende IGARTÚA MIRÓ, «Promoción de la igualdad de género a través de “fórmulas de trabajo flexible”. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158», *loc. cit.*, p. 93, que la Directiva da carta de naturaleza, «en ausencia de disposiciones específicas en el orden interno, como ocurre en el nuestro, a solicitudes de adaptación, consistentes en la no realización de horas procedentes de la distribución irregular u horas extraordinarias». Sobre las diferentes interpretaciones doctrinales del alcance de la facultad empresarial de distribuir irregularmente la jornada cuando el trabajador se encuentre disfrutando derechos de conciliación, así como sobre la disponibilidad para la negociación colectiva de ofrecer reglas que resuelvan esta confrontación de intereses, *vid.* NIETO ROJAS, P. «La adaptación de la jornada por necesidades de conciliación de la vida familiar en el RD Ley 6/2019. El derecho reconocido en el art. 34.8 ET y los límites a su ejercicio», en de la PUEBLA PINILLA, A. y MERCADER UGUINA, J. R., *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 253-261.

58 Por cierto que, como pone de relieve MIRANDA BOTO, J. M.^a, «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español», *Temas Laborales*, n.º 149, 2019, p. 82, la actual redacción del artículo 12 ET «parece casar mal con la previsibilidad que exige la nueva Directiva. No es descartable que en la transposición se introduzca la necesidad de fijar de antemano el marco temporal en el que podrá exigirse la realización de ese trabajo».

59 Como ha puesto de relieve IGARTÚA MIRÓ, M.^a, *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: Jornada y horario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 178-179, para este tipo de contrato las posibilidades de distribución irregular de la jornada, al existir una jornada de trabajo inferior, se incrementan exponencialmente.

Me atrevo a dejar apuntado que quizá una menor previsibilidad o distribución irregular del tiempo de trabajo sería admisible, más que por razones productivas, por razones de que en la empresa se presten los servicios esenciales para la comunidad que también limitan el derecho fundamental a la huelga ex art. 28.2 CE. Al margen de ese condicionante que puede suponer velar por el interés general para distribuir la jornada laboral, establecer el horario y los turnos, en ese tipo de servicios, debería perseguirse un empleo de calidad para la población trabajadora, con mayor seguridad sobre la disposición del tiempo propio.

Por más que nuestra legislación reconozca a la persona trabajadora la posibilidad de reducir o adaptar la jornada y el tiempo de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, esa efectividad no se alcanzará si no cuenta con la garantía que supone tener certeza de que dispondrá según su conveniencia del tiempo libre de obligaciones laborales que le proporcionan aquellas medidas y los derechos al descanso, tanto anual como, especialmente, diario y semanal. Porque también con esos tiempos de descanso se procura —aunque no solo— la conciliación.

El artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, bajo la rúbrica de «Condiciones de trabajo justas y equitativas», proclama que: «Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad, a la limitación de la duración máxima del trabajo y a los períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas». Sin aquella limitación y esos descansos la salud, efectivamente, se resiente, en particular por la generación de situaciones de estrés y su cronificación con el «síndrome de *burnout*»; y, en definitiva, los excesos de jornada y hasta los períodos de disponibilidad o conexión más débil con las demandas del poder directivo podrían convertirse en focos de riesgos psicosociales. Máxime si al estar sujeta a ellos la persona trabajadora percibe que está atendiendo de forma insuficiente o insatisfactoria sus responsabilidades familiares, generándole ello el consiguiente sentimiento de culpa, por no prestar atención y cuidados a quienes en su entorno los necesitan. Como se ha puesto de relieve desde la presidencia de la Comisión de expertas/os sobre el Impacto de la Precariedad Laboral en la Salud Mental, en el llamado Informe PRESME, cuando los trabajadores y trabajadoras «se ven sometidos a una disciplina constante pero invisible, a no controlar el tiempo, a estar siempre disponibles. El individuo es jurídicamente libre, pero su tiempo laboral no le pertenece», de modo que esa «tóxica forma de trabajar (...) penetra en los cuerpos y en las mentes de las personas generando daños en la salud, sufrimiento psíquico y trastornos mentales»⁶⁰.

En el mencionado precepto, entre otros, se apoya la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que lo menciona en su primer considerando⁶¹. Sus previsiones tenían como plazo de trasposición al ordenamiento de los Estados miembros el 1 de agosto de 2022. Sin embargo, es esta una tarea que continúa pendiente en España mientras se escriben estas líneas, lo que hace oportuno que recordemos, en lo que atañe al tema objeto de estas reflexiones, sus contenidos. La trasposición de esta norma debiera buscar esa racionalidad en la ordenación del tiempo de trabajo, por la que apostamos, atendiendo a todos los intereses confluyentes, pues de la propia Directiva se ha dicho que «es buena muestra de los equilibrios a los que se ve obligado el Derecho de la UE, al afirmar que busca promover un empleo que ofrezca transparencia —término que sustituyó al de “seguridad” por enmienda del Parlamento Europeo— al tiempo que garantiza la capacidad de adaptación al mercado laboral»⁶².

60 BENACH, J., «Prefacio», en *COMISIÓN DE PERSONAS EXPERTAS SOBRE EL IMPACTO DE LA PRECARIEDAD LABORAL EN LA SALUD MENTAL EN ESPAÑA*, *Precariedad laboral y salud mental. Conocimientos y políticas*, Vicepresidencia Segunda del Gobierno-Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 2. Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2023/170323-informe-salud-mental.pdf> (Consultado el 5 de junio de 2023)

61 Como bien ha señalado MANEIRO VÁZQUEZ, *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, *cit.*, p. 106, aunque la relación entre ambas directivas de 2019, la 1158 y la 1152 no se manifieste expresamente en su contenido «el vínculo entre los objetos de ambas es innegable e inquebrantable, de modo que no puede regularse un tema sin atender el otro».

62 MIRANDA BOTO, J. M.^a, «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español», *loc. cit.*, p. 76. Se refiere MERCADER UGUINA, J. R., «Los “tiempos” de la Directiva (UE)

Es un objetivo de la Directiva mediante reglas que afectan al régimen jurídico del tiempo de trabajo, entre otras materias, paliar los efectos que en la calidad de vida de las personas trabajadoras provoca la proliferación de algunas formas de empleo no convencionales o atípicas. Vista por muchos como una respuesta al fenómeno del trabajo en plataformas, sin embargo, no está pensada exclusivamente para ese entorno laboral, pues solo permite que queden al margen de sus disposiciones, si lo deciden así los Estados miembros, las personas trabajadoras que tengan una relación laboral en la que el tiempo de trabajo predeterminado y real sea igual o inferior a una media de tres horas semanales en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas; contando a efectos de esa medida el trabajado para todos los empleadores que formen parte, en su caso, del mismo grupo o la misma entidad (art. 1.3). Posible exclusión que, sin embargo, no se aplica al trabajo a demanda (aptdo. 4, art. 1, en relación con art. 11), forma esta de flexibilidad exacerbada que, por fortuna, al menos *ex lege* —la realidad a veces transcurre por otros caminos— no está permitida en el ordenamiento laboral español.

La finalidad de la Directiva, declarada en el artículo 1.1, «es mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral». De nuevo, refleja la apuesta por una «flexiseguridad» que atienda tanto a los intereses empresariales como a los de las personas trabajadoras. No obstante, la preocupación social prevalece sobre la económica, pues del texto restante se deduce que, aún consciente de los retos que traen consigo los cambios en las organizaciones productivas y en las formas de prestar el trabajo, lo prevalente será evitar «las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos». Para esas consideraciones se apoya la Directiva en el principio 5 del Pilar europeo de derechos sociales, proclamado en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017⁶³.

La parte que más nos interesa de la Directiva 2019/1152 es el capítulo III, sobre los «Requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo». Entre ellas, y por lo que se refiere a la materia aquí comentada, las medidas dispuestas pretenden ofrecer a la persona trabajadora la posibilidad de reservar un tiempo para atender sus responsabilidades familiares, disfrutar y organizar el tiempo propio con una mínima certeza de que estarán realmente libres para aquellas personas o tareas que los necesitan. Certidumbre que solo el conocimiento cabal de los tiempos de trabajo proporciona. Con ese fin, se establece una previsibilidad mínima del trabajo en el artículo 10, precepto de extraordinario valor en el que aquella garantía se articula basándose en unos elementos que son definidos al inicio de la norma (art. 2): el calendario de trabajo, el patrón de trabajo y las horas y días de referencia.

Para sectores de actividad y puestos en los que la empresa distribuye de forma muy flexible los tiempos de trabajo y descanso cobra singular relevancia la regulación del «patrón de trabajo», entendido como «la forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador» (art. 2, letra c). Un modelo, en suma, que servirá a la persona trabajadora como guía para conocer en alguna medida cuándo podrá ser requerida para prestar servicios por su empresario, en uso de las facultades directivas. Este es un concepto, el del «patrón de trabajo», que debería ser introducido en el artículo 34 ET y, quizá, también en el artículo 35 para delimitar las horas extraordinarias⁶⁴. Desde luego, también habría de formar parte de los contenidos sobre los que el empresario deberá informar por escrito al trabajador conforme dispone el apartado 5 del artículo 8 ET.

2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos», *Documentación laboral*, n.º 122, 2021, p. 12, a la declarada «alma dual» de la norma, que persigue perseverar en la transparencia de las condiciones laborales, pero además «integrar instrumentos efectivos de lucha contra la precariedad laboral y, por extensión, que permitan enfrentarse con garantías a los cambios en el proceso de transformación digital en ciernes».

63 *Vid* su texto íntegro en https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:914b1a2e-a293-495d-a51d-95006a47f148/EPSR-booklet_es.pdf (Consultado el 31 de marzo de 2023)

64 Además, como señala MIRANDA BOTO, «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español», *loc. cit.*, p. 81, quizá ese precepto debería ser ajustado para que defina las horas extraordinarias como las que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo y fuera del horario de referencia fijado.

Se distinguiría entonces entre empleos sujetos a un patrón de trabajo previsible, con un ritmo de trabajo en el que el calendario se establece con una completa certidumbre o con un pequeño margen para los cambios; y otros en que el patrón será total o mayoritariamente imprevisible. En estos últimos la persona trabajadora queda al albur de un amplísimo poder de dirección empresarial para requerir el ajuste de la prestación de servicios a muy cambiantes necesidades organizativas y productivas. Un patrón de trabajo de calidad frente a un patrón de trabajo de poca calidad, en definitiva, pero que debe ser conocido y asumido voluntariamente desde el inicio. Es respecto al segundo tipo de empleos, los de patrón total o mayoritariamente imprevisible, donde las instituciones comunitarias se han preocupado por introducir un mínimo de seguridad para las personas trabajadoras, que evite formas abusivas de utilizar la flexibilidad empresarial en la organización del tiempo de trabajo. Exigiendo que los Estados miembros garanticen que el empleador solo podrá obligar a prestar servicios a la persona trabajadora sujeta a un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible cuando se cumplan y concurren dos condiciones; si no se cumplieran ambas aquella tendrá derecho a rechazar la tarea asignada sin que ello le pueda ocasionar consecuencias desfavorables (art. 10.2).

Al determinar esas dos condiciones tiene importancia otro elemento definido por la Directiva: las «horas y días de referencia», entendidas como «los tramos horarios en días específicos durante los cuales puede tener lugar el trabajo previa solicitud del empleador» (art. 2, letra b)⁶⁵. Como la doctrina ya ha puesto de manifiesto, «esta es una noción, a primera vista, no presente en el Estatuto de los Trabajadores con carácter general, por lo que deberá incorporarse, presumiblemente en el artículo 34»⁶⁶. Así pues, la obligación de trabajar existirá cuando el trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados, sobre los que habrá tenido que ser previamente informado de que en ellos se le puede exigir que preste servicios (por remisión del precepto al art. 4.2, letra m); y, además, ese empleador le informará de la tarea asignada con un preaviso razonable, en términos que comentaremos luego⁶⁷. Así, al menos se despejan algunas incertidumbres y permanece en manos de la persona trabajadora cierta capacidad de autoorganización de su tiempo propio, también el que quiera destinar a las necesidades de proporcionar atención y cuidados.

La necesaria previsibilidad en la prestación laboral no estará garantizada suficientemente si no se recibe una información completa y en tiempo apropiado sobre todos los elementos necesarios que atañen a la ordenación de los tiempos de trabajo y descansos. Esta obligación se regula en el artículo 4 del capítulo II, con unos tiempos de entrega que mejoran, en beneficio de la persona trabajadora, los que establecía la precedente Directiva 91/533/CEE. Por lo que a este comentario compete, los Estados miembros velarán porque se exija a los empleadores informar a los trabajadores sobre «la cantidad de vacaciones remuneradas a las que el trabajador tenga derecho o, si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de atribución y de determinación de dichas vacaciones» (art. 4.2.k). Son términos prácticamente idénticos a los que ya recogía el apartado 2, letra f) del artículo 2 de la Directiva 91/533/CEE.

Novedad vinculada al ya comentado artículo 10 es la información obligada en función de que el patrón de trabajo sea total o mayoritariamente previsible o, por el contrario, total o mayoritariamente imprevisible. En el primer caso, la información incluirá al menos «la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal, del trabajador, así como cualquier acuerdo relativo

65 Advierte MERCADER UGUINA, «Los “tiempos” de la Directiva (UE) 2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos», *loc. cit.*, p. 19, que, entre las decisiones que deberían haberse tomado para transponer la Directiva antes de 1 de agosto de 2022— aún pendientes— estaría la de concretar en que debe consistir la referencia a «días específicos», en particular para los patrones de trabajo total o mayoritariamente imprevisibles. Y se pregunta ¿Control de la irregularidad para que existan periodos abusivos? ¿Formas de trabajo a llamada y su proyección sobre el régimen de horas complementarias?

66 MIRANDA BOTO, «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español», *loc. cit.*, p. 81.

67 Previsión complementaria es la que atiende a las consecuencias de que se produzca una retractación en la decisión empresarial, asegurándose de que ello no perjudique en exceso a la persona trabajadora. Así, se dispone que si los Estados miembros permitieran la cancelación de la tarea asignada «adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, para garantizar que el trabajador tenga derecho a una indemnización si el empleador cancela, sin observar un plazo de preaviso razonable determinado, la tarea asignada acordada previamente con el trabajador».(art. 10.3).

a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambios de turno». En definitiva, un nivel de detalle que mejora la escueta referencia a «la duración de la jornada o semana laboral normal del trabajador» que fijaba como contenido de la obligación de información el artículo 2.2.i) de la Directiva 91/533/CEE.

Pero más relevancia cobra la obligación empresarial de informar al trabajador cuando el patrón es total o mayoritariamente imprevisible. El contenido mínimo de la información —sea quien fuere en último término responsable⁶⁸— comprenderá la relativa al hecho de que el calendario de trabajo sea variable, a la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de esas horas; también se precisarán las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje; y, finalmente, se indicará el período mínimo de preaviso al que el trabajador tiene derecho antes del comienzo de la tarea, así como el plazo para la cancelación de esa tarea, conforme a lo dispuesto por el artículo 10.3. Aunque la Directiva no lo exija, seguramente convendría que se incluyera también la advertencia de la indemnización a la que podría tener derecho la persona trabajadora si no se respetase el preaviso determinado⁶⁹.

En opinión de quien escribe, la mayor transparencia y una información eficaz se aseguraría solo si no se hiciera uso de la posibilidad que, lamentablemente, abre el apartado 3 del art. 4, al admitir que la información contemplada en el apartado 2, letras g) a l) y o) (entre ellas, las que mencionan elementos relacionados con el tiempo de trabajo, incluido el de patrón imprevisible) «podrá ofrecerse, en su caso, en forma de una referencia a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o a los convenios colectivos que regulen dichas materias». La garantía se diluye mediante este recurso a lo prevenido en otra fuente de derechos y obligaciones, que la persona trabajadora probablemente no conozca bien en una mayoría de casos y, muy especialmente, en los trabajos más precarios. Esta obligación de información empresarial sobre los elementos esenciales de la relación laboral debería tener una finalidad divulgativa, que asegurase el conocimiento de los propios derechos, que de otro modo cumpliría solo limitadamente.

Se ocupa también la Directiva 2019/1152 del plazo y de los medios de información (art. 5). Respecto a las materias aquí examinadas, en su mayoría deberá proporcionarse individualmente al trabajador durante el período comprendido entre el primer día de trabajo y el séptimo día natural. De las vacaciones, su cantidad, modalidades de atribución y determinación podrá informarle la empresa en el plazo de un mes desde el primer día de trabajo. Es clara, pues, la mejora del derecho que se desprende de la obligación empresarial configurada, por cuanto se reduce notablemente el plazo de los dos meses durante los que permitía cumplirla el artículo 3 de la Directiva 91/533/CEE.

El estudio de los diferentes aspectos relacionados con las obligaciones empresariales de información ha llevado a concluir que para que el ordenamiento español se adecúe a las exigencias de transposición de la Directiva será preciso tanto ampliar los contenidos de esa información, como reducir los plazos para comunicarla y, en fin, establecer un sistema sancionador para el caso de incumplimiento mucho más duro y eficaz⁷⁰. Y para que ese sistema sancionador detecte y corrija efectivamente posibles abusos, sin duda una pieza clave será el registro horario de las horas de trabajo efectivamente realizadas que, como consecuencia de la aprobación del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, actualmente se exige también para controlar la jornada ordinaria, *ex art.* 34.9 ET. Que este sea, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 14 de mayo de 2019 (Asunto C-55/18, Federación

68 Como pone de manifiesto MIRANDA BOTO, «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español», *loc. cit.*, p. 78, la norma comunitaria abre el camino a una extraña externalización de los deberes de información al incluir una nueva y original posibilidad: «determinar qué personas deben considerarse responsables de las obligaciones que establece la presente Directiva para los empleadores siempre que todas estas obligaciones se cumplan» (art. 1.5), lo que podría conducir, si esta posibilidad se incorpora, a completar la mención al empresario del artículo 8.5 ET.

69 Coincidimos con MIRANDA BOTO, «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español», *loc. cit.*, p. 93, que la cuantía de esa indemnización «ha de ser suficientemente alta para compensar al trabajador por la disponibilidad de su tiempo ya comprometido, pero no debería superar al salario del servicio no prestado».

70 *Vid.* SALA FRANCO, T., «La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su transposición en ordenamiento laboral español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 251, 2022, p. 42.

de Servicios de Comisiones Obreras y Deutsche Bank, S.A.E) un sistema objetivo, fiable y accesible; y que se prevea de modo que encaje con la flexibilidad propia de la adaptación de la jornada por necesidades de conciliación, derecho al que antes hemos aludido⁷¹.

Aunque la Directiva también se preocupa porque las personas trabajadoras afectadas por cambios en aspectos de la relación laboral, entre ellos los relacionados con el tiempo de trabajo y su previsibilidad, reciban del empleador un documento comunicándoselos, lo hace en términos que constituyen una muy débil garantía en cuanto a la previsibilidad, pues basta con que la obligación se cumpla lo antes posible y, a más tardar, el día en que el cambio surta efecto (art. 6.1). No obstante, al menos se mejora lo que establecía el artículo 5 de la Directiva 91/533/CEE, que concedía el plazo máximo de un mes a partir de la fecha de entrada en vigor de la modificación. Se mantiene, por otra parte, la regla conforme a la cual la obligación no alcanza a los cambios que vienen establecidos por fuentes heterónomas o por convenios colectivos, según el propio precepto dispone.

Es claro que en este último aspecto nuestra normativa interna ya está ajustada a las previsiones de la nueva norma comunitaria. ¿Es ello suficiente desde la óptica de la protección del derecho a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, y también de la corresponsabilidad social, por la que apostamos? Claramente no. Y si volvemos los ojos, de nuevo, sobre las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores que regulan la ordenación del tiempo de trabajo e, incluso, los términos para el ejercicio de los propios derechos para la conciliación, nos encontramos con que no hay una regulación ecuánime entre las garantías de previsibilidad que se procuran a las empresas y a las personas trabajadoras para organizarse. Por ello, postulamos que se reformen algunas previsiones estatutarias en las que sería necesario introducir la finalidad compensadora con mínimos que equilibren la protección de los intereses en juego.

Para ello es preciso recordar y tener bien presentes las reglas que en el Estatuto de los Trabajadores se han establecido, razonablemente, para que el ejercicio de determinados derechos por parte de la persona trabajadora no perturbe en exceso el normal desarrollo de la actividad productiva. Se regulan plazos de negociación con la persona trabajadora o de comunicación preavisada de su voluntad, que buscan proporcionar cierta previsibilidad a la empresa, en relación con la adaptación y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación (máximo de treinta días, art. 34.8 ET), con la concreción horaria y determinación de los permisos y reducciones de jornada (quince días, art. 37.7 ET), o con el disfrute de cada período semanal o acumulación de períodos en la suspensión del contrato por nacimiento de hijo/a (quince días, art. 48.4 ET). Pues bien, similares plazos —y no otros que ahora son sensiblemente más cortos— parece justo reivindicar para que la persona trabajadora conozca de los ajustes y cambios que afectarán a su tiempo de trabajo, por más que se haya acordado la distribución irregular de la jornada o esta facultad venga reconocida a la empresa por ley.

La empresa, ciertamente, necesita disponer de un tiempo tras conocer la decisión de la persona trabajadora para hacer los ajustes necesarios en el trabajo y la plantilla; de la misma forma, la persona trabajadora también necesita la información sobre la voluntad empresarial de contar con sus servicios en un plazo suficiente para reorganizar su vida día a día. La «flexibilidad» en la materia pasa por facilitar la adaptabilidad del tiempo de trabajo a las cambiantes necesidades tanto empresariales como personales, pero siempre evitando los daños innecesarios que la incertidumbre o la inmediatez de la ejecución de la decisión de una parte podría provocar a la otra. Por eso, igual que para la empresa, para la persona trabajadora es preciso conocer en tiempo razonable a qué atenerse, para que pueda responder adecuadamente a las demandas de tiempo de trabajo y reaccionar adaptando en consecuencia el personal y familiar sin mayores padecimientos y sin que se produzcan situaciones insalvables de vulnerabilidad y desatención. Solo así habrá un auténtico equilibrio de los intereses en juego.

En definitiva, la necesaria corresponsabilidad social a la que invocábamos al inicio de este estudio requiere que se articulen pronto disposiciones no solo en las políticas empresariales o en la negociación colectiva, sino también en la normativa estatal, mediante la decidida intervención por parte del poder legislativo, que garanticen una previsibilidad en la organización del tiempo

71 Sobre la articulación del registro y su encaje con las fórmulas de horario flexible que se dan con ocasión de la conciliación entre familia y trabajo, *vid.* RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R., «El registro obligatorio de la jornada diaria de trabajo. Impacto, efectos y estado de la cuestión tras tres años de vigencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 257, 2022, pp. 84-87.

de trabajo que remueva los actuales obstáculos para la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, en especial en aquellos trabajos que están sujetos, aún sin denominarlos así nuestra ley, a un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible, para que no lo sea tanto.

No puede dejar de mencionarse que, probablemente, esa garantía de previsibilidad en el tiempo de trabajo estará completa si se limita adecuadamente el fenómeno que se ha calificado como «expansión de las zonas grises entre el trabajo y el no trabajo»⁷², pues un exceso en los tiempos de disponibilidad de la persona trabajadora no deja de ser una merma de aquella previsibilidad.

Finalmente, debe recordarse que los comentaristas de la Directiva 91/533 han puesto de manifiesto que, pese al relativamente alto cumplimiento formal por parte de los Estados miembros su grado de eficacia en el mercado de trabajo y el cumplimiento de sus objetivos ha sido escaso. Por ello, nuestro deseo es que la mejora en los contenidos también se acompañe de una mejora en el cumplimiento material de los postulados de la nueva Directiva, en particular en nuestro país, contribuyendo efectivamente a la extensión en nuestra población del trabajo digno y, con él, de una vida más satisfactoria.

5. Bibliografía

AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTÓBAL RONCERO, R., «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica», en VV. AA., *El futuro del trabajo que queremos*, Vol. II, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, pp. 331-342.

ARGÜELLES BLANCO, A. R.:

— *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

— «Nuevas fórmulas jurídicas y problemas sociales en la gestión del tiempo de trabajo», ARGÜELLES BLANCO, A. R. y ROMERO BURILLO, (dir.), *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 79-145.

BARRIOS BAUDOR, G., «Adaptaciones y/o reducciones especiales de jornada con ocasión de las crisis sanitaria COVID-19: Plan MECUIDA», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2020, (BIB 2020\12109), pp. 1-11.

BENACH, J., «Prefacio», en *COMISIÓN DE PERSONAS EXPERTAS SOBRE EL IMPACTO DE LA PRECARIEDAD LABORAL EN LA SALUD MENTAL EN ESPAÑA*, *Precariedad laboral y salud mental. Conocimientos y políticas*. Vicepresidencia Segunda del Gobierno-Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 2. Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2023/170323-informe-salud-mental.pdf>. (Consultado el 5 de junio de 2023).

CABEZA PEREIRO, J.,

— «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras», en LOUSADA AROCHENA, J. F., (Coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos-Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, 2008, pp. 215-285.

— «La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional», *Revista de Derecho Social*, n.º 92, 2020, pp. 41-80.

⁷² Sobre esa expansión y sus causas, *vid.* MARTÍN RIVERA, L., «Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo», *loc. cit.*, n.º 250, pp. 143 y ss.

- CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.**, «Las medidas laborales y de seguridad social en el estado de alarma y en la “desescalada”», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER Y CASAS BAAMONDE (dir. y coord.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 15-90.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA**, «Mujeres, trabajos y cuidados: Propuestas y perspectivas de futuro», Pleno ordinario de 27 de abril, de 2022, disponible en https://www.igualdadenlaempresa.es/recursos/estudiosMonografia/docs/Informe_MUJERES_TRABAJOS_Y_CUIDADOS.pdf.
- CRUZ VILLAZÓN, J.**, «Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE (dir. y coord.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 175-198.
- DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M.**, «La Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional y su repercusión en la legislación española», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 146, 2020, pp. 69-96.
- DOMÍNGUEZ MORALES, A.**, *Igualdad, no discriminación y negociación colectiva*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018.
- FALGUERA BARÓ, M. A.**, *Análisis de urgencia de la legislación laboral durante el estado de alarma por el Covid-19*, Bomarzo, 2020.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M.**, «Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158», *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 12, 2020, pp. 1-29.
- GALA DURÁN, C.**, «Las medidas adoptadas en materia de Seguridad Social y conciliación de la vida laboral y familiar en relación con la crisis del Coronavirus COVID-19», *La Administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n.º 5 /2020, (BIB 2020\11318), pp. 1-10.
- GARCÍA ROMERO, B.**, «Necesidades de cuidados, derechos laborales y medidas para mitigar su impacto en la protección social», en GARCÍA ROMERO B. y LÓPEZ ANIORTE, M. C. (dir. y coord.), *Protección social de los cuidados*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 25-73.
- GARCÍA RUBIO, M. A.**, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de la jornada», *Relaciones Laborales*, n.º 13, 2011, pp. 729-757.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.**, «Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral», en GARCÍA-PERROTE I. y J. MERCADER, *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012, pp. 223-240.
- IGARTUA MIRÓ, M. T.:**
- *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: Jornada y horario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
 - «Promoción de la igualdad de género a través de “fórmulas de trabajo flexible”. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158», *Femeris*, vol. 7, n.º 2, pp. 86-114.
- JALIL NAJI, M.**, «La transposición de la Directiva 2019/1152: ¿Una oportunidad para intervenir en la precariedad laboral asociada a la ordenación jurídica del tiempo de trabajo», *Congreso Internacional «Retos interdisciplinarios en el Entorno de la Industria 4.0»*, pp. 201-215.

- LAHERA FORTEZA, J. y GARCÍA QUIÑONES, J. C.**, *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.**, *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r) evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, Albacete, 2023.
- MARTÍN RIVERA, L.**, «Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 250, pp. 135-182.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.**, «Tiempo de trabajo y desconexión digital. Hacia una nueva ordenación a partir de la normativa comunitaria y su interpretación judicial», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 154, 2022, pp. 69-96.
- MARTÍNEZ MORENO, C.**, «La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿hasta dónde llega el avance?», *Revista de Derecho Social y de la Empresa*, n.º 12, 2020, pp. 61-80.
- MERCADER UGUINA, J. R.**, «Los “tiempos” de la Directiva (UE) 2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos», *Documentación laboral*, n.º 122, 2021, pp. 9-22.
- MIÑARRO YANINI, M.**, «Del fallido debate de la jornada de “35” horas al de “32”: la dialéctica entre reducción o distribución de la jornada de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º 456, 2021, pp. 5-10.
- MIRANDA BOTO, J. M.^a.**, «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea” y su impacto en el Derecho español», *Temas Laborales*, n.º 149, 2019, pp. 71-100.
- MONTOYA MEDINA, D.**, «Teletrabajo y prevención de riesgos laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 243, 2021, pp. 35-76.
- NIETO ROJAS, P.**, «La adaptación de la jornada por necesidades de conciliación de la vida familiar en el RD Ley 6/2019. El derecho reconocido en el art. 34.8 ET y los límites a su ejercicio», en DE DA PUEBLA PINILLA, A. y MERCADER UGUINA, J. R., *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 245-277.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.**, *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (Tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*, Dickinson, Madrid, 2019.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Ginebra, 2019.
- POYATOS I MATAS, G.**, «Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º 458, 2021, pp. 111-126.
- QUÍLEZ MORENO, J. M.^a.**, «La jornada de trabajo y su relación con el trabajo efectivo: Reflexiones sobre si el mismo es eficaz o eficiente y cumple con el trabajo decente», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 254, 2022, pp. 25-54.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.:**
- «Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por Covid-19», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE (dir. y coord.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 255-288.

— «Los cuidados a las personas mayores: aspectos organizativos, subjetivos y asistenciales de los denominados “servicios públicos de proximidad”», *Lex social*, n.º 2021, p. 662-728.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., «Los derechos de conciliación corresponsable en el derecho español a la luz de la Directiva 2019/1158», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 154, pp. 141-180.

RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R., «El registro obligatorio de la jornada diaria de trabajo. Impacto, efectos y estado de la cuestión tras tres años de vigencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 257, 2022, pp. 61-92.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «La “soberanía del tiempo”. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40 (1), 2022, pp. 37-55.

ROMERO BURILLO, A. M.^a, *El marco regulador del teletrabajo*, Atelier, Barcelona, 2021.

SALA FRANCO, T., «La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su transposición en ordenamiento laboral español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 251, 2022, pp. 29-48.

VELASCO PORTERO, M.^a T., «El tiempo de trabajo y su organización», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), KAHALE CARRILLO, D. y VELASCO PORTERO T. (coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016, pp. 191-281.

VII.

LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS ERTES: ASPECTOS CRÍTICOS Y PROPUESTAS DE MEJORA DE SU REGULACIÓN

Carlos García Barcala

*Abogado laboralista, Socio de Garrigues y Profesor Asociado del
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

1. Introducción

La pandemia de la COVID 19 colocó en primera línea de actualidad la figura de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo, conocidos como ERTES. Su popularidad ha sido tal, que en determinados ámbitos se ha llegado a pensar que los ERTES eran un instrumento de nueva creación implantado en marzo de 2020 para hacer frente a la situación creada por la pandemia.

Nada más alejado de la realidad, pues los ERTES son un instrumento de flexibilidad laboral que viene existiendo en nuestro ordenamiento jurídico desde hace muchísimos años. Fue la reforma laboral del año 2012, operada a través del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, la que modificando la regulación de los ERTES vigente hasta ese momento, estableció lo esencial de la regulación actual de los mismos, mediante la supresión de la autorización administrativa (necesaria hasta ese momento para poder implantar un ERTE) y la potenciación de los ERTES como una medida alternativa a los despidos en caso de crisis empresarial, acompañándola de un conjunto de bonificaciones y de un sistema de reposición de prestaciones por desempleo, para favorecer su utilización.

Dicha regulación fue, con algunos retoques, la que teníamos en el año 2020, al inicio de la pandemia. Ante la gravedad de la situación socio-sanitaria, y la necesidad de evitar que las restricciones decretadas como consecuencia de la misma pudieran conllevar una destrucción masiva de puestos de trabajo, el legislador optó por potenciar la figura de los ERTES para convertirla en la principal herramienta de respuesta empresarial ante la situación creada, de tal manera que se pudiera priorizar el mantenimiento de los puestos de trabajo, evitando con ello una destrucción de empleo sin precedentes a través de la realización de despidos. Ello se consiguió agilizando y simplificando el procedimiento de implantación de los ERTES, especialmente el de fuerza mayor, y articulando un sistema de ayudas y bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, que hicieran atractivo el recurso a esta medida, como alternativa a los despidos. No fue, ciertamente, la única medida adoptada para proteger el empleo (ahí está la potenciación y regulación de la figura del teletrabajo o el establecimiento de la mal llamada «prohibición de despedir»), pero sin duda alguna fue la que tuvo un mayor impacto y fue utilizada de manera mayoritaria por las empresas en nuestro país.

A medida que la situación sanitaria fue evolucionando, la regulación de los ERTES fue cambiando, y, de esta manera, se fueron creando nuevas figuras de ERTES de fuerza mayor (por limitaciones y por impedimento), se introdujeron nuevos requisitos y limitaciones para la tra-

mitación de los ERTES (como la prohibición de realizar nuevas externalizaciones o de repartir dividendos) y se fueron adaptando las cuantías de las bonificaciones y ayudas que servían de acompañamiento a la medida.

Aunque las empresas de nuestro país habrían recurrido igualmente a la figura de los ERTES, tal y como ésta estaba regulada en marzo de 2020, como herramienta principal para hacer frente a la crisis derivada de la pandemia, podemos decir sin miedo a equivocarnos que, en general, los cambios introducidos para facilitar y agilizar su uso fueron adecuados, y que la acción conjunta del Gobierno y de los interlocutores sociales resultó acertada.

Superada la pandemia, el Gobierno intentó cumplir sus compromisos electorales en relación con la prometida derogación de la reforma laboral del 2012, y, para ello, procedió a la aprobación del 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. Aunque el contenido de dicha norma dista mucho de representar una derogación de la reforma laboral del 2012, se introducen cambios en algunos aspectos de la regulación de nuestro mercado de trabajo, que finalmente también afectaron a los ERTES.

Pese a que no estaba prevista de entrada la revisión de la regulación de los ERTES, finalmente los interlocutores sociales optaron por abordar esta cuestión, en parte debido también a la existencia de un vínculo entre dicha reforma y los compromisos asumidos por el Gobierno con la Unión Europea para la obtención del desembolso de los fondos que corresponden a España dentro de los denominados Fondos *Next Generation EU*¹.

El resultado es una intervención legislativa que, respetando en lo esencial la configuración legal que los ERTES tenían hasta la fecha, e incorporando algunas de las experiencias derivadas de la regulación y gestión de los ERTES COVID durante la pandemia, pretende crear, como dice la Profesora D.^a Ana de la Puebla Pinilla, «*un marco normativo nuevo y estable, con el que se pueda hacer frente en el futuro a cualquier contexto de crisis que se pueda producir*».

En las páginas que siguen realizaremos un repaso rápido de las principales novedades que contiene la nueva regulación de los ERTES para, a continuación, centrarnos en el análisis de aquellos aspectos que, en mi opinión, presentan una regulación mejorable o que deberían haber sido regulados en forma diferente para responder con ello de una manera más adecuada a los objetivos perseguidos y a las necesidades de nuestro tejido productivo.

2. El nuevo marco normativo de los ERTES: principales novedades.

Como he indicado, no es objeto de este trabajo llevar a cabo un repaso exhaustivo y detallado de los cambios introducidos en la regulación de los ERTES por parte del Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Me limitaré, pues, en este epígrafe a explicar de manera general los principales aspectos que configuran el nuevo sistema de ERTES, como paso previo y punto de partida para la exposición posterior de los aspectos mejorables o que a mi entender requieren una regulación diferente.

Tras la reforma, podemos decir que en nuestro ordenamiento existen 3 tipos de ERTES:

1. El ERTE por causas objetivas (económicas, productivas, organizativas o técnicas), comúnmente conocido como ERTE por causas ETOP.
2. El ERTE por fuerza mayor, que, a su vez, puede ser por fuerza mayor propia o por fuerza mayor impropia, por impedimentos o limitaciones en la actividad.
3. Los ERTES derivados de la aplicación del nuevo Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo que, como veremos, se pueden presentar en dos modalidades: la cíclica y la sectorial.

1 DE LA PUEBLA PINILLA, A., «El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo», *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario «La reforma laboral de 2021», p 85

Pese a los cambios introducidos, el ERTE sigue siendo un instrumento de flexibilidad laboral en manos del empresario, que le permite adaptar la prestación de trabajo de sus trabajadores a las necesidades de la actividad empresarial, mediante la suspensión de los contratos de trabajo, la reducción de la jornada de trabajo contratada, o una combinación de ambas medidas. Y sigue siendo una herramienta de carácter causal (es decir, cuya aplicación está condicionada a la concurrencia de una causa justificativa, definida en la normativa legal) que sólo puede ser implantada para hacer frente a situaciones coyunturales, de carácter temporal, no a situaciones de carácter estructural o definitivo (aunque como veremos al analizar el nuevo Mecanismo RED esta conclusión admite ciertos matices).

En lo que respecta a los ERTES ETOP, se mantiene la definición de las causas económicas, organizativas, productivas y técnicas (causas ETOP) existente en la regulación anterior, sin que se introduzca ningún cambio al respecto, más allá de reforzar la idea de que esas causas deben ser de carácter «temporal».

Los principales cambios se centran en la agilización del proceso de implantación del ERTE. Así, se reduce la duración del período de consultas a 7 días en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores en plantilla (manteniéndose la duración de 15 días para el resto de las empresas). Igualmente se reducen los plazos máximos para la constitución de la comisión representativa, que pasan a ser de 5 días en el caso de empresas que cuenten con representantes legales de los trabajadores en todos los centros afectados (antes se requerían 7 días), y de 10 días en el caso de que alguno de los centros afectados no cuente con representantes legales elegidos (antes eran necesarios 15 días).

Con todo, la novedad más relevante en relación con el procedimiento de tramitación de los ERTES ETOP hace referencia a la posibilidad de prorrogar un ERTE ya en aplicación. Hasta la fecha, tal posibilidad no existía, de tal manera que si la empresa, a la conclusión del período de vigencia del ERTE, quería extender sus efectos en el tiempo, se veía obligada a tramitar un nuevo ERTE, cumpliendo todos los requisitos documentales y procedimentales establecidos en la normativa aplicable. Ahora se prevé expresamente la posibilidad de prórroga, que requiere de la tramitación de un pequeño período de consultas, con una duración máxima de cinco días, en el que se debe tratar sobre la necesidad de dicha prórroga, pudiendo el empresario comunicar a la autoridad laboral su decisión, una vez agotado dicho período de consultas, en el plazo máximo de 7 días. Se trata, en mi opinión, de una previsión acertada cuya regulación, sin embargo, plantea ciertas dudas, a las que haremos referencia en el siguiente epígrafe.

En cuanto a los ERTES por fuerza mayor, la principal novedad viene dada por la regulación expresa como causa de fuerza mayor temporal de las situaciones en que tienen lugar *«impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa, que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública»*. Es obvia la relación con la situación vivida durante la pandemia que tiene la conceptualización de estas situaciones como constitutivas de fuerza mayor temporal, y que lo que ha buscado el legislador es que ante futuras situaciones similares, existan ya en nuestro ordenamiento jurídico herramientas que permitan hacerles frente, sin que sea necesario dictar normas de urgencia, como ocurrió durante la pandemia de la COVID 19.

Este tipo de ERTE de fuerza mayor va acompañado, como ya ocurrió en las normas dictadas durante la pandemia, de la simplificación de algunos de los trámites procedimentales necesarios para su puesta en marcha, básicamente el relativo a la solicitud de informe por parte de la autoridad laboral a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que no será preceptiva, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los ERTES por fuerza mayor temporal.

Pese a lo ya dicho, las novedades de mayor calado en relación con los ERTES, tanto los basados en causas ETOP, como los derivados de fuerza mayor temporal, se establecen en el nuevo apartado 7 del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, en el que el legislador opta por fijar lo que denomina *«normas comunes aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, y a los que estén basados en una causa de fuerza mayor temporal»*.

En primer lugar, se establece la obligación de las empresas que tramiten un ERTE de priorizar la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos, *«en la medida en que ello sea viable»*, previsión que tiene su origen en la regulación específica de los ERTES introducida durante la pandemia, y que plantea algunos riesgos, como veremos en el siguiente apartado.

Además, se prevé expresamente que la empresa, en la comunicación o solicitud que haga a la autoridad laboral sobre su decisión de reducir la jornada de trabajo o suspender los contratos de trabajo, debe informar del período dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de la suspensión del contrato o reducción de jornada, la identificación de los trabajadores incluidos en el ERTE, el tipo de medida a implantar respecto de cada uno de ellos y el porcentaje máximo de reducción de jornada o el número máximo de días de suspensión de contrato a aplicar.

Son exigencias informativas razonables, que, sin embargo, aportan poco en la medida en que esos extremos ya venían siendo recogidos en los acuerdos de los ERTES que se suscribían, o incluso en los formularios que es preciso cumplimentar para la tramitación de los ERTES ante las distintas autoridades laborales de las Comunidades Autónomas.

También se prevé expresamente algo que ya se venía admitiendo en la práctica, que es que durante el período de aplicación del ERTE la empresa puede desafectar y afectar a los trabajadores en función de las alteraciones de las circunstancias señaladas como causa justificativa de las medidas, informando previamente de ello a la representación legal de los trabajadores, y previa comunicación a la entidad gestora de las prestaciones sociales.

Una de las principales novedades viene dada por la consolidación como límite aplicable a todos los ERTES de la limitación incluida en las normas reguladoras de los ERTES COVID, consistente en la imposibilidad de realizar horas extraordinarias, establecer nuevas externalizaciones de actividad o concertar nuevas contrataciones laborales «*dentro del período de aplicación del expediente*». No obstante, esta limitación se acompaña, como ya ocurría en la normativa dictada durante la pandemia, de la posibilidad de excepcionar su aplicación, «*en el supuesto de que las personas en suspensión contractual o reducción de jornada que presten servicios en el centro de trabajo afectado por nuevas contrataciones o externalizaciones no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas, previa información al respecto por parte de la empresa a la representación legal de las personas trabajadoras*».

Otra de las novedades más importantes viene determinada por el establecimiento de medidas para fomentar e incentivar la impartición de formación a los trabajadores afectados por el ERTE, hasta el punto de que se condiciona el disfrute por la empresa de ciertas ayudas y bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, a la puesta en marcha de distintos tipos de acciones formativas.

Así, se prevé en primer término un incremento del crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada (en los términos previstos en el artículo 9.7 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral), del que podrán ser beneficiarias las empresas que apliquen un ERTE y desarrollen las acciones formativas a las que se refiere la disposición adicional vigesimoquinta del Estatuto de los Trabajadores.

En dicha disposición adicional, introducida por el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, se regulan las acciones formativas en los expedientes de regulación temporal de empleo regulados en los artículos 47 y 47 bis del Estatuto de los Trabajadores, es decir, los ERTES ETOP, los ERTES por fuerza mayor temporal y los derivados de la aplicación del nuevo Mecanismo RED.

De este modo, se establece que las empresas que apliquen un ERTE podrán desarrollar acciones formativas por cada una de las personas afectadas, que tendrán como objetivo la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de los trabajadores, y se determina que se debe priorizar el desarrollo de acciones formativas dirigidas a atender las necesidades formativas reales de las empresas y los trabajadores, incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, así como aquéllas que permitan recualificar a los trabajadores, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa.

Lo primero que llama la atención es que la norma establece dichas acciones formativas como una posibilidad, no como una obligación, mientras que hasta ese momento el desarrollo de acciones formativas durante la aplicación del ERTE era obligatorio². En consecuencia, habrá

2 Se ha suprimido el apartado 4 del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, que decía lo siguiente: «*Durante las suspensiones de contratos o las reducciones de jornada se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad*».

que entender derogada la previsión contenida en el artículo 16.5 del 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 de reducción de jornada³.

El sistema anterior consistente en proporcionar formación de manera obligatoria se cambia ahora por otro en el que la formación es una opción a la que pueden acogerse voluntariamente las empresas, si bien se fomenta que éstas proporcionen esa formación a través del establecimiento de un sistema de incentivos y ayudas para la provisión de dicha formación. Dichos incentivos y ayudas consisten, por un lado, en el ya mencionado incremento del crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, y, por otro lado, en una serie de beneficios previstos en la nueva disposición adicional trigésima novena del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por medio del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Esos beneficios consisten en exenciones en la cotización a la Seguridad Social sobre la aportación empresarial por contingencias comunes y por conceptos de recaudación conjunta. Los porcentajes de dichas exenciones en la cotización oscilan entre el 20 y el 90 %, son diferentes en función del tipo de ERTE (por causas ETOP, por fuerza mayor o derivado de la aplicación del Mecanismo RED) y quedan condicionados al desarrollo de las acciones formativas previstas en la disposición adicional vigesimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, pero sólo en el caso de los ERTES ETOP y de los derivados de la aplicación del Mecanismo RED.

El disfrute de las bonificaciones es de carácter voluntario para las empresas. Ahora bien, en caso de que se opte por acogerse a ellas y por el tipo de ERTE sea necesario para su disfrute que la empresa lleve a cabo las acciones formativas previstas en la disposición adicional vigesimoquinta del Estatuto de los Trabajadores (es decir, si se trata de un ERTE ETOP o de un ERTE derivado del Mecanismo RED), el incumplimiento por parte de la empresa de esas obligaciones de formación conllevará la obligación de ingresar el importe de las cotizaciones de cuyo pago la empresa quedó exonerada respecto de cada trabajador en el que se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes.

Asimismo, el disfrute de las exenciones de cotización conlleva la obligación de mantener el empleo de las personas afectadas por el ERTE durante los seis meses siguientes a la finalización del período de vigencia del expediente, medida ésta que se introdujo en la regulación de los ERTES COVID y que ahora se consolida en la nueva regulación de los ERTES. Esta obligación afecta a todos los tipos de ERTES, sin distinción. En caso de incumplimiento del compromiso, las empresas deben proceder a la devolución de las cotizaciones de cuyo pago quedaron exoneradas, con relación al trabajador respecto del cual se haya incumplido este requisito, junto con el recargo y los intereses de demora correspondientes. No obstante, se señalan una serie de supuestos de rescisión del contrato de la persona por la que se haya disfrutado de la exención que no son considerados como incumplimiento de la obligación de mantenimiento del empleo: despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, fin de llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, si este supone una interrupción del período de actividad o finalización de contrato temporal por desaparición de la causa justificativa.

De todas formas, la innovación más importante en materia de ERTES viene constituida por la creación de una nueva herramienta de flexibilidad para las empresas, el denominado «Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización en el Empleo», cuya regulación básica aparece en el nuevo artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores, si bien se ve complementada con las previsiones contenidas en otras disposiciones que le son aplicables, como la disposición adicional vigesimoquinta del Estatuto de los Trabajadores (respecto de las acciones formativas), la disposición adicional trigésima novena del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (respecto de los beneficios en la cotización a la Seguridad Social), o la disposición adicional cuadragésima primera del mismo Texto Refundido (sobre las medidas de protección social de las personas afectadas por la aplicación del Mecanismo RED).

3 El citado artículo dice lo siguiente: «Durante las suspensiones de contratos de trabajo o las reducciones de jornada se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar la polivalencia o incrementar su empleabilidad».

El Mecanismo RED es un sistema por el cual el Consejo de Ministros, a través de una decisión política, abre la puerta a que determinadas empresas puedan aplicar ERTES de suspensión de contratos de trabajo y/o de reducción de jornada. El mecanismo RED puede ser activado cuando concurren dos grandes tipos de circunstancias, y por eso se dice que el Mecanismo cuenta con dos modalidades:

- Modalidad Cíclica, que se puede activar cuando exista una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización, con una duración máxima de un año.
- Modalidad Sectorial, que se puede poner en marcha cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de los trabajadores, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una⁴.

Una vez que el Consejo de Ministros decide la activación del Mecanismo, las empresas pueden solicitar voluntariamente a la autoridad laboral la reducción de la jornada o la suspensión de los contratos de trabajo en cualquiera de sus centros de trabajo. Para ello, deben formular una solicitud a la autoridad laboral competente, con comunicación simultánea a la representación de los trabajadores, y tramitar un período de consultas, en los términos previstos en el artículo 47.3 del Estatuto de los Trabajadores para los ERTES ETOP. Tras la emisión por parte de la Inspección de Trabajo de informe preceptivo, que debe ser solicitado por la autoridad laboral que esté conociendo del expediente, ésta deberá dictar resolución en el plazo de siete días naturales a partir de la comunicación de la conclusión del período de consultas. Si el período de consultas ha concluido con acuerdo, la autoridad laboral deberá autorizar la aplicación del mecanismo, y la empresa podrá comenzar a aplicar las reducciones de jornada o suspensiones de contratos de trabajo en los términos pactados. Si el período de consultas concluye sin acuerdo, la autoridad laboral dictará una resolución estimando o desestimando la solicitud, debiendo estimarla en caso de que entienda que de la documentación aportada se desprende la concurrencia de la situación cíclica o sectorial temporal alegada. En caso de ausencia de respuesta por parte de la autoridad laboral en el referido plazo de 7 días naturales, se entenderá autorizada la medida (silencio administrativo positivo).

Se trata de un mecanismo novedoso, que pretende facilitar que el Gobierno pueda hacer frente con rapidez a situaciones macroeconómicas comprometidas o a problemas estructurales en determinados sectores de actividad. En la práctica, muchas de las situaciones que pueden justificar la activación del Mecanismo, en cualquiera de sus dos modalidades, pueden encajar también en la definición de causas ETOP (económicas, técnicas, organizativas o de producción) descritas en el artículo 47.2 del Estatuto de los Trabajadores y que justifican el recurso al ERTE ETOP tradicional. Por ello, puede ocurrir que una misma situación pueda ser afrontada a través del ERTE por causas ETOP regulado en el artículo 47.1 del Estatuto de los Trabajadores, o por medio del Mecanismo RED activado por el Consejo de Ministros. En estos casos, la empresa tendrá que elegir cuál es el camino que quiere seguir.

Es en este punto donde cobran especial relevancia las medidas de protección social de las personas afectadas por la aplicación del Mecanismo RED que se articulan a través de la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley General de la Seguridad Social, y que, sin duda alguna, otorgan al Mecanismo RED un atractivo que puede ser mayor que el que presenta el ERTE por causas ETOP. Así, la medida más significativa es la asignación a los trabajadores afectados por las reducciones de jornada o por la suspensión de los contratos de trabajo, de una prestación especial, para la cual no es necesario acreditar un período mínimo de cotización, cuya cuantía es equivalente al 70 % de la base reguladora (que se calcula según el promedio de las bases de cotización en la empresa por contingencias de accidentes de trabajo y

4 Téngase en cuenta que aunque el ERTE es una medida prevista para hacer frente a situaciones coyunturales, en el caso de los ERTES que se pueden aplicar bajo la modalidad sectorial, la situación de base que da lugar a la aplicación del ERTE es una situación estructural, definitiva (la norma hace referencia a «cambios permanentes»), pese a lo cual se permite afrontar la situación con una medida temporal, sobre la base de que el objetivo es favorecer procesos de recualificación y transición profesional, que se entiende que son temporales (2 años máximo).

enfermedades profesionales, excluidas las retribuciones por horas extraordinarias), sin que la cuantía máxima mensual pueda superar el 225 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en el momento del nacimiento del derecho incrementado en una sexta parte. La duración de esta prestación especial se extenderá, como máximo, hasta la finalización del período de aplicación del Mecanismo RED.

Como se puede observar, se trata de una prestación nueva, distinta de la prestación por desempleo que perciben los trabajadores afectados por los ERTES por causas ETOP o por los ERTES por fuerza mayor temporal. Y es una prestación cuya cuantía es superior a la prestación por desempleo, pues puede llegar a ser de hasta el 70 % de la base reguladora durante un año (en el caso de la modalidad cíclica) o durante dos años (en el caso de la modalidad sectorial), cuando la cuantía de la prestación por desempleo (cuya duración máxima es de 2 años, si el trabajador ha cotizado durante 6 o más años por contingencias profesionales, pudiendo tener una duración inferior si los años cotizados son menores) es del 70 % de la base reguladora durante los 6 primeros meses, y baja al 60 % a partir del séptimo mes⁵.

Además, aunque no es compatible esta prestación especial con la percepción de la prestación por desempleo, la norma dice expresamente que *«El acceso a esta prestación no implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto. El tiempo de percepción de la prestación no se considerará como consumido de la duración en futuros accesos a la protección por desempleo»*, por lo que la percepción de esta prestación no perjudica el derecho del trabajador a percibir la prestación por desempleo a la que pueda tener derecho en el futuro.

Para atender a las necesidades de financiación derivadas de la modalidad cíclica y sectorial del Mecanismo RED en materia de prestaciones y exenciones a las empresas del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, y de los costes asociados a la formación, se creará un Fondo (denominado Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización), que se financiará con los excedentes de ingresos de las prestaciones por desempleo, las aportaciones que se consignen a tal efecto en los Presupuestos Generales del Estado, las aportaciones procedentes de los instrumentos de financiación de la Unión Europea orientados al cumplimiento del objeto y fines del Fondo y con los rendimientos de cualquier naturaleza que genere el Fondo.

3. Valoración crítica de algunos aspectos de la nueva regulación normativa. Propuestas de mejora futura de la regulación de los ERTES.

En general podemos decir que la nueva regulación de los ERTES resulta acertada, ya que pone en manos de los empresarios y de los trabajadores procedimientos más ágiles para su aplicación y puesta en marcha, así como nuevas herramientas de flexibilidad para hacer frente a situaciones de crisis empresarial o sectorial, todo lo cual es, en general, acorde con la intención declarada del legislador de convertir los ERTES en un instrumento que favorezca el mantenimiento y la conservación de los puestos de trabajo en coyunturas adversas.

Ahora bien, esta valoración inicial positiva no es impedimento para que se puedan destacar en las líneas que siguen algunos aspectos que, en mi opinión, presentan dudas o inconvenientes en cuanto a su aplicación, o señalar algunas cuestiones que deberían haber sido reguladas en forma distinta, al objeto de conseguir de manera efectiva que los ERTES puedan ser la herramienta de flexibilidad y el antídoto frente a la destrucción de empleo que se persigue. Igualmente, me centraré en destacar determinadas interpretaciones de la nueva normativa que ya están aflorando y que, en mi opinión, presentan el riesgo de introducir rigideces en la aplicación de los ERTES.

En primer lugar, merece una valoración positiva, a mi juicio, la reducción de la duración de los períodos de consultas en los ERTES ETOP y de los plazos para la constitución de la comisión representativa de la parte social que debe intervenir en el período de consultas.

⁵ En la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 se ha establecido el incremento de la cuantía de la prestación por desempleo a partir del día ciento ochenta y uno desde el 50 % actual hasta el 60 % (Ver Disposición Final 25.ª, apartado 8).

También merece una valoración muy positiva la regulación de la posibilidad de prorrogar un ERTE en vigor, ya que hasta la fecha esa opción no estaba expresamente prevista, por lo que la extensión en el tiempo de los efectos del ERTE aprobado requería de la tramitación de un nuevo ERTE, con la pérdida de tiempo que ello conllevaba.

Ahora bien, la regulación de la prórroga debería haber sido un poco más amplia y precisa, para evitar algunas dudas interpretativas con las que ya nos estamos encontrando en la práctica a la hora de proceder a la prórroga de ERTES en vigor. Dichas dificultades se centran en determinar cuándo es posible una prórroga del ERTE existente y cuándo es necesario acudir a la tramitación de un nuevo ERTE. El problema surge cuando la causa que justifica la prórroga presenta diferencias, de mayor o menor entidad, respecto de las que justificaron el ERTE inicial, o cuando es necesario introducir algún cambio en la forma de aplicar el ERTE respecto de lo pactado en el ERTE inicial: ampliación o modificación de los colectivos afectados, variación en el sistema de rotación, modificación de las condiciones de aplicación del ERTE, etc. ... Si se interpreta que la prórroga sólo es posible en los supuestos en que todo es exactamente igual, se estaría reduciendo de manera muy significativa el alcance de la nueva previsión, pues en la práctica la extensión de los efectos del ERTE inicial a menudo viene acompañada de la necesidad de introducir ciertos cambios o ajustes como consecuencia del cambio o de la evolución de las circunstancias. Por eso, hubiera sido conveniente, en aras a la seguridad jurídica y a favorecer la aplicación de la prórroga, que el legislador hubiera hecho una delimitación más precisa de qué cambios en el planteamiento inicial del ERTE excluyen la posibilidad de una prórroga del ERTE inicial, y obligan a acudir a la tramitación de un nuevo ERTE.

Se ha planteado asimismo si es posible llevar a cabo la prórroga cuando no ha habido acuerdo en el período de consultas, cuestión ésta que la nueva regulación podría haber aclarado⁶. Adicionalmente, se plantea también la duda de si es posible la prórroga en el caso de que se hayan producido variaciones en la composición de la representación de los trabajadores que negoció el ERTE inicial, especialmente cuando haya sido negociado por una comisión creada *ad hoc* (integrada por trabajadores elegidos), ya que puede haber ocurrido que algunos de esos trabajadores ya no estén en la empresa, o estén temporalmente fuera de ella, o simplemente que ya no deseen formar parte de ese órgano representativo. Téngase en cuenta que la norma dice que la empresa podrá comunicar a «*la representación de las personas trabajadoras con la que hubiera desarrollado el período de consultas una propuesta de prórroga ...*».

Dicho lo cual, la mayor crítica que, en mi opinión, se puede hacer en relación con la nueva regulación de los ERTES ETOP se centra en el hecho de que se haya perdido, una vez más, la oportunidad de regular la posibilidad de adoptar medidas de suspensión contractual y/o de reducción de jornada en función del tamaño de las empresas, renunciando así a que este tipo de medidas sean de una vez por todas herramientas de flexibilidad real y efectiva para todas las empresas de nuestro país, no sólo para algunas de ellas.

Según la información que proporciona el Instituto Nacional de Estadística, en el ejercicio 2021 más del 90 % de las empresas de nuestro país con empleados tenían 9 o menos trabajadores en plantilla⁷.

El artículo 47.3 del Estatuto de los Trabajadores dice que «*El procedimiento, que será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y el número de personas afectadas por la reducción o la suspensión, se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con la representación legal de las personas trabajadoras de duración no superior a quince días. En el supuesto de empresas de menos de cincuenta personas de plantilla, la duración del período de consultas no será superior a 7 días*».

En mi opinión, resulta paradójico que el procedimiento que debe llevar a cabo una pequeña empresa de, por ejemplo, 6 trabajadores (una tienda, una panadería o un pequeño taller mecá-

6 RAMOS QUINTA, MARGARITA I., «La centralidad de la flexibilidad interna en la reforma laboral de 2021: un despliegue de estímulos empresariales y beneficios sociales para promocionar los ERTES en detrimentos de los despidos», p. 119, *Revista de Derecho Social*, n.º 98, 2022.

7 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): «empresas por CC. AA., actividad principal (Grupos CNAE 2009) y estrato de asalariados»: en 2021 había en España un total de 3.366.570 empresas, de las cuales 120.828 tenían entre 6 y 9 trabajadores, 304.095 tenían entre 3 y 5 trabajadores, 920.321 tenían entre 1 y 2 trabajadores y 1.879.126 empresas no tenían empleados.

nico) para poder implantar un ERTE, bien sea para suspender contratos de trabajo, bien para reducir la jornada de sus empleados, sea prácticamente el mismo que el que debe observar una gran empresa industrial o comercial que cuente con cientos o, incluso miles de trabajadores. La única diferencia que se establece en la tramitación del ERTE en atención al número de trabajadores en plantilla, es la relativa a la duración máxima del período de consultas, que en el caso de una empresa de menos de 50 trabajadores será de 7 días, mientras que si la plantilla excede esa cifra, será de 15 días. En todo lo demás, el procedimiento a seguir y las exigencias causales y documentales son prácticamente las mismas, sin distinción en función del número de trabajadores con que cuente la empresa.

Si se quiere que los ERTES sean una medida eficaz de flexibilidad, y que efectivamente sirvan para evitar despidos ante coyunturas económicas o productivas difíciles, sería conveniente que se facilite y simplifique su uso lo máximo posible por parte de las empresas con pocos trabajadores y recursos limitados (que, como hemos visto, son las más numerosas en nuestro país), para las que tramitar un ERTE y cumplir con todas las exigencias causales, documentales y procedimentales que ello requiere puede suponer una tarea muy compleja y costosa. Por ello, a menudo para estas empresas, ante situaciones de crisis o reducción de la demanda o de la actividad, es más sencillo y rápido acudir a las extinciones de contratos de trabajo (mediante la rescisión de contratos temporales, la comunicación de no superación de períodos de prueba o la realización de despidos), que embarcarse en la tramitación de un ERTE, que requiere de un esfuerzo documental y procedimental, no exento de costes y, a menudo, de problemas y de inseguridad jurídica.

Por este motivo, pienso que el legislador debería simplificar al máximo el procedimiento a seguir para que una pequeña empresa, de hasta un cierto número de trabajadores, pueda proceder a la suspensión de contratos o a la reducción de jornada de una manera ágil y sencilla. Se trataría de permitir que ese tipo de empresas pudieran decidir la implantación temporal de ese tipo de medidas, cuando concurrieran determinadas circunstancias predeterminadas (que podrían definirse de una manera concreta y específica en la norma), que evidenciaran la necesidad de dicha medida. Y ello simplemente con la entrega a los trabajadores afectados de una carta comunicando la medida y las razones que la justifican.

Todo ello, por supuesto, acompañado de medidas de control por parte de la Administración Pública (a través de los Servicios Públicos de Empleo encargados de la gestión de la prestación por desempleo, y/o de la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social), para verificar que no se producen situaciones de fraude, y sin perjuicio de la posibilidad de que la medida pueda ser impugnada judicialmente si los trabajadores afectados consideran que no concurren las causas justificativas de la decisión empresarial.

Sería algo similar a lo que ocurre en nuestro país en materia de despido por causas objetivas (ETOP). Así, como es sabido, el efecto combinado de lo dispuesto en los artículos 51, 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores hace posible que en España las empresas puedan realizar despidos unilateral y directamente, sin necesidad de tramitar un despido colectivo, siempre que el número de trabajadores afectados de su plantilla no exceda de ciertos límites (diez en empresas de hasta cien trabajadores, el diez por ciento en empresas de entre cien y trescientos trabajadores y treinta o más para empresas de más de trescientos trabajadores). Lo cual pone de manifiesto lo incoherente que resulta que una empresa de diez trabajadores pueda despedir por causas objetivas a tres trabajadores, simplemente con la entrega de una carta de despido, y, sin embargo, esa misma empresa, para evitar esos despidos, mediante la suspensión de los contratos de esos tres trabajadores hasta que se supere la situación coyuntural negativa, tenga que llevar a cabo un ERTE con las exigencias procedimentales, causales y documentales establecidas en nuestro ordenamiento laboral.

Incluso podría tener sentido que se contemplara expresamente la posibilidad de que en determinados sectores sujetos a altibajos frecuentes y habituales de la actividad, los convenios colectivos pudieran establecer mecanismos muy flexibles para que las pequeñas empresas del sector pudieran proceder de manera rápida y sencilla a la suspensión de los contratos de sus trabajadores o a la reducción de jornada para hacer frente a dichas situaciones. Así, el convenio colectivo podría identificar de manera precisa y adaptada a la realidad productiva del sector las situaciones que habilitarían a las empresas para la utilización de estos mecanismos, e incluso regular de antemano las condiciones de aplicación de la medida, o, al menos, un rango que pudiera ser concretado por la empresa y los trabajadores en función de las circunstancias. Con

esto se reforzaría el papel del convenio colectivo como elemento central de la regulación de las relaciones laborales, y se facilitaría la utilización de los ERTES, como alternativa a la destrucción de empleo, sobre todo en sectores de actividad sujetos a muchas y continuas variaciones de actividad e integrados por pequeñas empresas.

En ocasiones se han rechazado estas alternativas en base al argumento de que ello podría conllevar una utilización indebida de los ERTES, ante situaciones no del todo justificadas, para hacer un uso fraudulento de la prestación por desempleo⁸. Sin descartar que esos riesgos puedan existir efectivamente, estimo que las ventajas asociadas a que las pequeñas empresas de este país (que, como vimos, son las más abundantes en nuestro tejido productivo) ante situaciones de crisis empresarial, puedan aplicar con mayor facilidad medidas que eviten la destrucción de puestos de trabajo, son claramente mayores que los inconvenientes derivados de la posible utilización fraudulenta de los ERTES. Máxime teniendo en cuenta que la Administración cuenta con mecanismos para investigar y detectar esas posibles situaciones de fraude. En este escenario normativo nuevo que proponemos, el informe preceptivo que debe emitir la Inspección de Trabajo en relación con los ERTES ETOP podría ser una herramienta de vigilancia y control muy útil para evitar posibles situaciones de fraude. Podría argüirse que, al ser limitados los recursos con que cuenta la Inspección de Trabajo, en la práctica resultaría muy difícil que ese control pudiera llevarse a cabo de manera real y efectiva, sobre todo en escenarios de crisis generalizada. Ahora bien, es responsabilidad del Estado la de dotar a sus servicios públicos de los medios adecuados para el cumplimiento de sus fines, y la ausencia de éstos no puede ser nunca un argumento para dejar de hacer lo que necesita nuestro sistema productivo, sobre todo cuando estamos hablando de implantar medidas para evitar la destrucción de puestos de trabajo. Además, se podrían optimizar los recursos disponibles si se limitara la exigencia legal de emisión de informe por parte de la Inspección de Trabajo a los supuestos de adopción de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada por parte de pequeñas empresas (de hasta un cierto número de trabajadores en plantilla), suprimiendo esa necesidad en el caso de empresas de un cierto tamaño, en las que normalmente se produce la intervención de la representación legal de los trabajadores (lo cual es en sí mismo un elemento de control de la actuación empresarial), siendo además que los ERTES son susceptibles de impugnación y control judicial.

Otra de las novedades que presenta la nueva regulación de los ERTES es la previsión que se establece en el artículo 47.7.a) del Estatuto de los Trabajadores sobre la necesidad de priorizar la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión contractual. Prioridad que la norma establece «*en la medida en que ello sea viable*». Existe el riesgo de que por la vía de la interpretación esta previsión se pueda convertir en un elemento de rigidez en la aplicación de los ERTES. Así, algunas interpretaciones apuntan a que el legislador otorga una prioridad clara a las medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión contractual, que afecta a la capacidad empresarial de decidir libremente sobre la aplicación de una u otra, de tal manera que sólo podrá optar por la suspensión, en detrimento de la reducción, si justifica adecuadamente la necesidad de la suspensión contractual⁹.

8 ROQUETA BUJ, R., *Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma. ERTES ETOP, FM, COVID-19 y RED*, editorial Tirant lo Blanch, página 34.

9 DE LA PUEBLA PINILLA, A., «El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo», *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario «La reforma laboral de 2021», pp. 83-96, donde se defiende que «... *Prioridad significa "anterioridad de algo respecto de otra cosa, en tiempo o en orden", lo que supone que la reducción de jornada es la medida por la que debe optarse en primer lugar, recurriendo a la suspensión de los contratos sólo si la reducción de la jornada no resulta posible. Se modifica pues la posición de la empresa frente a las medidas típicas del ERTE, diseñadas en pie de igualdad en el antiguo 47 ET y que ahora pasan a ofrecerse como medidas no alternativas, sino en relación de jerarquía, resultando la suspensión de contratos aplicable sólo cuando no sea viable la reducción de jornada ... es indudable que la incorporación de esa preferencia apunta a un cambio de enfoque que afecta, sin duda, a la capacidad empresarial de decidir libremente las medidas de reducción o suspensión que considere más oportunas, y, por tanto, puede tener consecuencias en las exigencias documentales y justificativas que se requieren de la empresa para tramitar y solicitar el ERTE. La valoración del impacto que tales circunstancias producen en la empresa y de si la respuesta a las mismas debe articularse mediante una reducción de jornada o una suspensión de contratos, es una decisión que sigue correspondiendo a la empresa, pero ahora resultará limitada o condicionada por la ya señalada preferencia por la reducción de jornada, debiendo por tanto la empresa justificar, en su caso, las circunstancias que hacen inviable esa medida y justifican la aplicación de suspensiones de contratos*».

Dada la fórmula utilizada, no parece que la intención del legislador haya sido la de situar a la reducción de jornada y a la suspensión contractual en una relación de jerarquía, o la de obligar al empresario a acudir en primer término a la reducción de jornada, sólo pudiendo utilizar la suspensión contractual si lo justifica adecuadamente y la reducción de jornada no es viable.

En primer lugar, la capacidad de valorar cuáles son las medidas más convenientes sigue en manos del empresario, como manifestación de su poder de dirección de la actividad productiva, sin que haya ningún elemento en el texto normativo que permita concluir que no es así. En segundo lugar, si el legislador hubiera querido establecer una prioridad clara y absoluta, en todo caso, de las medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos, y que ésta sólo fuera posible en caso de que se justificara de manera indubitada la inviabilidad de las primeras, habría utilizado una fórmula más precisa y condicionante, máxime teniendo en cuenta que con ello se estaría limitando la facultad empresarial de organizar y dirigir la actividad productiva (regulada en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores), que es emanación del derecho constitucional a la libertad de empresa. No es el caso, pues el legislador establece dicha prioridad de las medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión contractual *«en la medida en que ello sea viable»*, fórmula amplia y abierta que dista mucho de ser un mandato tajante de aplicación prioritaria de la reducción de jornada sobre la suspensión contractual, y que se asemeja más a una obligación de medios (intentar, en la medida de lo posible, que se haga frente a la situación con reducciones de jornada antes que con suspensiones contractuales) que a una obligación de resultado. En tercer lugar, la previsión normativa no puede ser interpretada al margen del objetivo declarado de la reforma que es, como reza la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, *«facilitar el uso de los expedientes temporales de empleo, como fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones ...»*. Es evidente que realizar interpretaciones que limiten la capacidad empresarial de acudir a esta herramienta, obligando al empresario a aplicar una medida antes que la otra, o a realizar un esfuerzo justificativo del motivo por el que acude a la suspensión contractual en detrimento de la reducción, no facilita en absoluto el uso del ERTE como medida alternativa a la extinción de contratos, que es el objetivo que prioritariamente se debe perseguir. Además, téngase en cuenta que tanto la reducción de jornada como la suspensión de contratos son medidas que evitan, en la misma medida (no una más que otra), el objetivo principal que se pretende conseguir con la facilitación del uso de los ERTES, que es evitar la destrucción de empleo.

Por tanto, con base a los argumentos expuestos, en mi opinión la previsión debe ser interpretada de una manera muy flexible, en el sentido de que a lo único que obliga al empresario es a hacer el esfuerzo de valorar la posibilidad de implantar reducciones de jornada, y a hacerlo cuando ello sea viable, y en la medida en que lo sea, cumpliendo el empresario su obligación si acredita haber realizado ese análisis de una manera suficiente. Lo cual es muy distinto de entender que la medida de reducción de jornada está en una posición de jerarquía respecto de la suspensión contractual, o que el empresario está obligado a aplicar primero medidas de reducción de jornada, o que nos encontramos ante una previsión limitativa de la capacidad empresarial de decidir cómo afrontar la situación, o que el empresario debe justificar de manera exhaustiva las razones por las cuales da prioridad a la suspensión contractual frente a la reducción de jornada.

En otro orden de cosas, debemos estar expectantes en relación con la forma en que se aplica el nuevo Mecanismo RED y la eficacia que presenta para conseguir los objetivos que se propone. En este sentido, resulta un tanto inquietante la previsión que se contiene en la norma sobre la necesidad de autorización administrativa en el caso de que el período de consultas concluya sin acuerdo. Aunque la norma señala que la autoridad laboral *«estimaré la solicitud en caso de entender que de la documentación aportada se deduce que la situación cíclica o sectorial temporal concurre en la empresa en los términos previstos en este artículo»*, lo cual apunta claramente a una autorización basada en aspectos puramente técnicos, está por ver si en la práctica las distintas autoridades laborales hacen un uso de esta autorización en base únicamente a dichos criterios técnicos, o si volvemos a incurrir en actuaciones como las que existían antes de la supresión de la autorización administrativa por la reforma laboral del 2012.

También en este ámbito del Mecanismo RED existe el riesgo de que la activación del Mecanismo por parte del Gobierno, y la posibilidad de acudir al mismo, pueda erigirse en la práctica en un impedimento para que la empresa pueda optar por hacer frente a la situación con otro tipo de medidas de carácter estructural, o incluso de carácter coyuntural.

Ello puede ocurrir, en primer lugar, si la activación del Mecanismo en la modalidad cíclica es interpretada por los operadores jurídicos como una declaración implícita por parte del Consejo de Ministros de que una determinada situación macroeconómica es coyuntural, no estructural, lo cual en la práctica puede dificultar que la empresa pueda justificar la adopción de medidas estructurales, como despidos o modificaciones definitivas de condiciones de trabajo. Y, en segundo lugar, porque es evidente que teniendo la empresa al alcance de su mano una medida de flexibilidad, activada por el Consejo de Ministros para hacer frente a una determinada situación, si quiere optar por otras medidas diferentes, de carácter estructural, o incluso de carácter coyuntural que puedan ser consideradas como más perjudiciales para los trabajadores (por ejemplo, un descuelgue temporal del convenio colectivo para inaplicar ciertas condiciones de trabajo), deberá hacer un esfuerzo argumentativo mucho mayor al que tenía que hacer hasta la fecha para justificar la procedencia de esas otras medidas alternativas.

Desde mi punto de vista, es bueno que el ordenamiento jurídico ponga en manos de los empresarios diversos tipos de herramientas para que estos puedan hacer frente con ellas a situaciones coyunturales de crisis empresarial o de actividad, e incluso que se incentive o favorezca la utilización de medidas que resulten lo menos lesivas posibles para los trabajadores. Ahora bien, ello no debe ser óbice para que la capacidad última de decisión sobre cuál es la medida más adecuada en cada caso para hacer frente a la concreta situación que atraviesa la empresa, siga residiendo en el empresario, cuya única obligación debe ser justificar que ha valorado la aplicación de todas las medidas a su alcance y que la decisión adoptada responde a criterios razonables de gestión empresarial y de conveniencia para los intereses de la empresa y su sostenibilidad futura. Interferir en esa capacidad decisoria no debe ser la función del legislador o de la administración, ni es bueno para nuestro sistema productivo.

VIII.

INDEMNIZACIONES LEGALES TASADAS POR EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL. APUNTE CRÍTICO SOBRE LAS NUEVAS PROPUESTAS DE COMPLEMENTACIÓN JUDICIAL MEDIANTE COMPENSACIONES ADICIONALES

Óscar Fernández Márquez

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

1. Introducción

Uno de los desarrollos o avances sociales auspiciados por los mentores de la Reforma Laboral de 2021/22 fue sin duda el de la dignificación del precio de la extinción del contrato de trabajo, y particularmente de los despidos sin causa, rebajado en las reformas laborales precedentes tanto por la reducción de su cuantía nominal (de 45 días de salario por año de servicio con tope máximo de 42 mensualidades a 33 días con tope de 24 mensualidades) como por la pérdida del derecho a percibir salarios de tramitación cuando la empresa optara por indemnizar y no por readmitir a los trabajadores injustamente cesados. Y es que se habría llegado a un estado muy acusado de abaratamiento de los despidos libres cuya cuantía indemnizatoria no sólo no cubriría mínimamente el daño causado a los trabajadores sino que tampoco conseguiría disuadir convenientemente a las empresas de estas prácticas de extinción ilícita de las relaciones laborales, en detrimento del principio de estabilidad en el empleo y de la prioridad que deberían tener otro tipo de soluciones menos dramáticas —flexibilidad interna— de ajuste de las plantillas. Se suponía entonces que la Reforma Laboral de 2021/22 saldría al paso del aludido proceso de degradación de las garantías frente al despido incrementando las cuantías indemnizatorias, o incluso imponiendo la readmisión forzosa de las víctimas de extinciones sin causa, volviendo así de nuevo justas —llegado el caso— este tipo de soluciones de finalización de las relaciones de trabajo.

Sin embargo, esta anunciada trayectoria de regulación no tomó finalmente cuerpo en la Reforma Laboral de 2021/22, que basculó principalmente como es sabido sobre otros terrenos como la contratación (temporal, formativa y de trabajo fijo discontinuo), los expedientes de regulación temporal de empleo (en pro de la flexibilidad interna), la negociación colectiva (convenio aplicable en contratas, ultraactividad, prioridad aplicativa del convenio de empresa) y otros asuntos sectoriales (contratación indefinida de obra en el sector de la construcción o contratación temporal en el sector público), sin cambiar una coma del régimen general de indemnización de la extinción del contrato de trabajo, y por tanto de los despidos improcedentes. Y ahora viene lo más importante, y es que acaso la frustración que pudo haber supuesto la quiebra de la expectativa de elevación de las indemnizaciones legales de despido es lo que precipitó finalmente el nacimiento de una nueva corriente interpretativa —próxima al activismo judicial— en la que se reclamaría la conveniencia de la complementación (cuando no total suplantación) por vía jurisdiccional de tales las indemnizaciones, dada su cuantía reducida y por tanto su doble insuficiencia tanto resarcitoria (de las víctimas) como disuasoria (de los despidos sin causa).

Por supuesto, la emergencia de esta nueva forma de entender las indemnizaciones por despido —que podría extenderse a otras causas de extinción de la relación de trabajo— no se explica sin la presencia de ciertos factores concurrentes que habrían ayudado a fraguar la nueva propuesta interpretativa. Entre ellos destaca sobremanera el nuevo poder de control difuso de convencionalidad con que aparecen dotados los jueces ordinarios españoles a partir de la TC 140/2018, 20 diciembre, que les permitiría neutralizar los mandatos de las leyes internas cuando las considerasen contrarias a las normas internacionales vinculantes para España. Y es que partiendo del «derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada» que consagran tanto el Carta Social Europea Revisada (CSEr) de Estrasburgo de 3 mayo 1996 como el art. 10 del Convenio OIT 158, sobre terminación de la relación de trabajo, en el contexto además de las nuevas tendencias generales del derecho de daños hacia la potenciación de las respuestas indemnizatorias (plena restitución de los perjuicios, reparación de daños intangibles y morales, doctrina de la pérdida de oportunidades, etc.), algunos juzgados de lo social, acaso decepcionados como hemos dicho por la falta de actualización y/o endurecimiento de las indemnizaciones por despido en la Reforma Laboral de 2021/22, habrían finalmente comenzado a estimar indemnizaciones por cuantías muy superiores a las legalmente fijadas, considerando que estas no son la «reparación adecuada o apropiada» que exigen las normas internacionales.

Estamos sin duda ante un movimiento de muy hondo calado en el que, si bien se mira, no sólo se está discutiendo la cuantía —elevación— de las indemnizaciones por extinción de la relación laboral —particularmente de despido improcedente—, sino que, yendo mucho más allá, se está proponiendo un cambio de sistema, concretamente la sustitución del modo tradicional de fijación *ex lege*, automática y tasada de las indemnizaciones por otro nuevo de determinación por vía judicial en atención a las circunstancias de cada caso concreto previa demanda de los trabajadores. Discutir en efecto si las indemnizaciones legales por despido son suficientes para compensar los daños padecidos por los trabajadores cesados, o adecuadas para disuadir a los empresarios de tales prácticas, y en su caso proceder a su elevación por la vía que sea procedente, no es ciertamente lo mismo que dar por hecho que las mismas no sirven para tales fines, de acuerdo con la variable interpretación que pueda hacer cada juez en el caso concreto, de modo que, tras venir funcionando sin tacha durante más de 40 años, debe pasarse ahora súbitamente de la determinación por vía legal de las indemnizaciones —uniformemente definida de acuerdo con los criterios de política de empleo que el legislador haya considerado oportunos— a su variable y heterogénea fijación *ad casum* por vía judicial. Ello entraña como decimos una modificación del modelo de regulación de las indemnizaciones por despido cuyas consecuencias van mucho más allá del objetivo inicial del mero incremento de cuantía que inicialmente se pretendía. Constatar el efecto sistémico de esta trascendental propuesta interpretativa, definir críticamente su alcance y revelar lo que realmente está en juego con ella es el objetivo de las líneas que sigue.

2. Finalidad y sentido de las indemnizaciones por extinción de la relación laboral

En la tradición iuslaboral española de los últimos años se ha venido asumiendo de manera generalizada, con base por supuesto en las previsiones legales, que la extinción del contrato de trabajo generaba a favor del trabajador una indemnización de cuantía tasada y producción o devengo automático. Salvo en el caso de los despidos disciplinarios procedentes, o de las extinciones por abandono o libre dimisión del trabajador, en que está claro que es el propio empleado quien opera como artífice de la terminación del contrato, a través además de una actuación respectivamente ilícita (una falta disciplinaria) o que puede producir daño o perjuicio a la empresa (la falta súbita e imprevista de un efectivo con cuya continuidad contaba la organización productiva), lo que incluso ha llevado a postular por cierto su responsabilidad indemnizatoria, o salvo por lo que respecta también a las situaciones de finalización del contrato de trabajo por muerte, incapacidad o jubilación del propio trabajador, lo cierto es que la casi totalidad de las causas legales de extinción de la relación laboral han venido acompañadas de la obligación de la empresa de indemnizar a los trabajadores, indemnizaciones que serían como decimos de carácter tasado y devengo automático.

Las indemnizaciones legales por extinción del contrato de trabajo han venido operando de hecho —continúan haciéndolo— en supuestos de finalización laboral muy diversos. Por lo pronto, casi de modo obligado, en los despidos improcedentes, que son situaciones en que el empresario pone fin unilateralmente a la relación de trabajo de manera ilícita o no ajustada a derecho (por no haber causa extintiva o por no haberse extinguido el contrato cumpliendo el procedimiento o siguiendo las reglas o garantías exigibles). También, en los despidos objetivos procedentes, en los que la extinción del contrato que es instada por la empresa, no siendo culpa del trabajador, no es tampoco culpa del empresario, sino más bien accidental (falta de aptitud del trabajador, obsolescencia tecnológica, crisis económica), lo que no libera a este de la obligación de compensar al empleado al extinguirse el contrato por estas causas. Igualmente, en los casos de finalización de contratos temporales, tanto cuando es activada por la empresa como cuando es solicitada por los propios trabajadores. Del mismo modo, en las rescisiones (y resoluciones) del contrato que deciden derivativamente los trabajadores cuando padecen daños como consecuencia de decisiones empresariales de alteración de las condiciones de trabajo o que resultan ilícitas (modificaciones sustanciales, traslados, incumplimientos empresariales graves). Y, en fin, también en los supuestos de extinción contractual por muerte, incapacidad o jubilación del empleador o por extinción de la personalidad jurídica de la empresa.

Con las inevitables variaciones de cuantía —no parece lógico indemnizar del mismo modo supuestos de extinción contractual de etiología tan diversa, pues distinto es el daño y diferente también el incentivo que para cada caso quiere establecer el ordenamiento—, que pueden además incrementarse convencionalmente o por vía de contrato, o llegado el caso dotarse *ad hoc* en extinciones pactadas de mutuo acuerdo sobre la marcha, parece evidente que el legislador considera que en todos los casos de extinción de la relación laboral el empresario termina causando un daño al trabajador que tiene que indemnizarse y ser contestado. Acaso porque se entiende que en el contrato de trabajo —de tracto sucesivo— la empresa asume implícitamente un compromiso legal de mantenimiento indefinido —o al menos prolongado en el tiempo— de la relación laboral (estabilidad en empleo) —no sucede así a la inversa (salvo que el trabajador haya hipotecado su libertad profesional mediante un pacto de permanencia, siempre en términos limitados)—, lo que da lugar a una expectativa de permanencia del trabajador en la relación laboral cuya ruptura debe resultar compensada de alguna manera. O acaso mejor por entenderse que la dedicación normal o tradicionalmente completa y continuada —*de facto* casi exclusiva— del trabajador en la empresa provoca, antes que una especialización que pueda exportarse en otras empresas o ámbitos, un efecto de cristalización o rigidización de habilidades técnicas y personales —un coste de oportunidad de desarrollo profesional— que en un contexto de escasez de empleos específicos o del perfil propio del trabajador acaba llevando a entender que el fin del contrato actual o presente constituye una situación objetivamente dañosa para él que debe ser compensada y cuya práctica ha de ser restringida.

Y es que, en lugar de considerar el contrato laboral como un entorno de desarrollo profesional —de mejora y ampliación de las capacidades humanas y técnicas del trabajador—, lo que podría llevar a entender el fin del mismo como una oportunidad —en su caso un pie forzado— para tener acceso, por la mejora de las habilidades profesionales obtenida en el desempeño de aquel, a mejores ocupaciones profesionales, lo que impediría hablar de daño del empresario al trabajador y por tanto de indemnizaciones y cortapisas a estos procesos, la legislación laboral viene a concebir el contrato de trabajo, y más concretamente el fin del mismo, como un daño para el trabajador que conviene evitar, seguramente por categorizar el desempeño del trabajo propio o característico de la relación laboral a partir de la idea prototípica de un operario «dedicado» que hunde o sacrifica su potencial de cualificación y desarrollo profesional en el perfil singularísimo que define el tipo concreto de actividad que ha venido desempeñando como empleado en una empresa concreta, operario que ante el fin de su contrato vería muy mermadas sus opciones de hallar en el mercado de trabajo una ocupación profesional del tipo de la que acaba de perder al tiempo que carecería —porque las ha sacrificado por especialización en su viejo contrato— de las nuevas habilidades que serían necesarias para encontrar un nuevo tipo de ocupación.

Nótese entonces que lo que realmente justificaría o, si se prefiere, explicaría como venimos diciendo la regla de indemnización de los trabajadores al término de la relación laboral, y la restricción de estas prácticas extintivas, no sería tanto la quiebra de la previsión o expectativa de mantenimiento del vínculo laboral, que, por cierto, no cabe apreciar, por ejemplo, en la

finalización de los contratos de trabajo temporales (lo que no impide reconocerles una indemnización), sino la «erosión profesional» que los trabajadores asalariados sufrirían típicamente tras años y años de dedicación en el empleo de una empresa, razón precisamente por la que las extinciones por fin de contrato se determinan mirando hacia atrás en el tiempo (*backward looking*) —días de salario por años de servicio desempeñados— y no mirando hacia adelante según la supuesta proyección de valor futuro del contrato extinguido (*foreward looking*). Las indemnizaciones por despido buscarían ante todo compensar por tanto a los asalariados al término de sus contratos por el coste de oportunidad profesional que habría supuesto la adscripción al empleo particular de una empresa concreta que habría reducido las opciones de salida profesional alternativa en un mercado de trabajo con escasez de ocupaciones al que el extrabajador accedería con las opciones mermadas, inhibiendo así de paso también las decisiones empresariales de extinción de la relación laboral. Visto desde el análisis económico del derecho es como si el sistema de indemnizaciones por extinción del contrato buscara bloquear la circulación de trabajadores en el mercado premiando su anclaje en los puestos y empresas originales, entendiendo que esta es la mejor manera de sacar provecho de la fuerza de trabajo en términos de ahorro de costes sociales, al evitarse los costes de transacción que tanto para los trabajadores como para las mismas empresas supondría un proceso abierto de rotación y cambio permanente de la mano de obra en el mercado. Por supuesto, a esta razón explicativa central —común en todos los casos de extinción indemnizada de la relación de trabajo— habría que añadir otras que estarían presentes en ciertos casos de extinción, pero no en otros, o bien en ciertos casos en mayor medida que en otros; por ejemplo, la ya apuntada de ruptura de las expectativas de mantenimiento de un contrato —el de trabajo— que se supone duradero, que opera en general, pero no en la finalización de contratos temporales.

Esta variabilidad de fines o diversa medida de los objetivos que se busca con las indemnizaciones por finalización de los contratos de trabajo se apreciaría, más que en su funcionalidad interna o privada de restablecimiento del equilibrio económico del intercambio laboral mediante la compensación del perjuicio que experimenta el trabajador con el cese que acabamos de señalar (*función reparadora o resarcitoria*), en su funcionalidad externa o pública de consecución de objetivos regulatorios mediante la promoción o incentivo de ciertos patrones de conducta social (*función preventiva o disuasoria*). Es el caso, por ejemplo, del objetivo de reconducir las conductas de incumplimiento flagrante de las exigencias legales, o que en todo caso se consideran contrarias a las convenciones más básicas de justicia conmutativa o de pleonexía, como acontece en las indemnizaciones por despido improcedente (o por resolución del contrato basada en incumplimiento grave del empresario), que por esto resultan más altas que las demás. Es el caso también del objetivo de evitar que las inevitables operaciones de ajuste económico que las empresas capitalistas necesitarán eventualmente efectuar tarde o temprano en la economía de mercado en la que operan se salden acudiendo principalmente a la extinción de los contratos, razón por la que los despidos por causas económicas o de empresa son objeto de indemnización, con objeto de primar el recurso a las soluciones de flexibilidad interna (*ius variandi*, movilidad, traslados, suspensiones, etc.) menos traumáticas, que legalmente no llevan aparejado coste indemnizatorio ninguno. Y lo es igualmente, por ejemplo, el objetivo de impedir que tenga lugar un efecto rotación de trabajadores y particularmente de sustitución de *insiders* (ya expertos, pero que cobran retribuciones más altas: antigüedad, por ejemplo), por *outsiders* (con salarios más bajos, pero que necesitan ser formados para el puesto de trabajo en cuestión), lo que se consigue encareciendo relativamente los costes de salida de los viejos trabajadores de la empresa.

Todos estos y otros muchos objetivos pueden estar presentes como decimos en ciertas causas de extinción y no en otras, o más en unas causas que en otras, lo que explicaría precisamente por qué las cuantías de las indemnizaciones legales por extinción de la relación laboral varían en función del tipo de supuesto extintivo de que se trate. En el despido improcedente, por ejemplo, no sólo habría que compensar el daño que se causa al trabajador al anticipar el momento de extinción de la relación laboral, así como el perjuicio que cabe estimar producido en términos de erosión o coste de oportunidad profesional por su dedicada y prolongada entrega a la empresa, sino que, como ya hemos visto, habría que penalizar también la conducta ilícita en que consiste la decisión de la empresa de poner fin a la relación laboral en contra de las exigencias legales y de justicia conmutativa, de ahí la cuantía elevada de la indemnización. En cambio, en el despido objetivo sólo habría que compensar los perjuicios patrimoniales del

trabajador, sin buscar evitar corregir una conducta empresarial que no es ilícita, razón por la que la indemnización es más baja, al tener por objeto como decíamos simplemente desincentivar las soluciones extintivas frente a las soluciones de flexibilidad interna. En la finalización de contratos temporales la indemnización se reduciría aún más todavía en la medida en la que no sólo no habría que corregir ninguna conducta ilícita empresarial obviamente, sino porque el único daño económico del trabajador que tendría que enjuagarse sería el básico y común de erosión o deterioro de las capacidades para hallar una ocupación nueva, y no el inexistente —ya lo hemos dicho— de actualización o traída al presente de una situación extintiva con la que no se contaba y que el trabajador no tendría incorporada en sus cálculos o previsiones de futuro. La singular cuantía de las indemnizaciones por rescisión del contrato, o por muerte, incapacidad jubilación o extinción de la persona del empresario, también podría explicarse análogamente partiendo de que se trata de conductas lícitas, en algunos casos inevitables, pero que causan daño económico al trabajador y cuya práctica el sistema quiere sólo rebajar relativamente imponiéndoles un coste bajo.

En todo caso, la responsabilidad en las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo siempre se imputa a la empresa, sea porque se considera que es la empresa la verdadera promotora y causante última de la finalización de la relación laboral, y por tanto del daño que se supone irrogado a los trabajadores cesados, sea porque, precisamente por esto, la empresa es considerada también el destinatario perfecto del incentivo económico con el que el legislador busca alcanzar sus objetivos de política de empleo o de mercado de trabajo. De hecho, la empresa carga con el pago de las indemnizaciones incluso en ciertas situaciones en las que es el mismo trabajador quien insta la extinción del contrato (rescisiones, resolución causal del contrato, fin de contratos temporales), seguramente por considerarse que en el fondo el promotor último —la causa eficiente— de la extinción de la relación laboral es el empleador también en estos casos, de modo que ha de ser este quien cargue con el coste de la reparación del perjuicio causado. En todo caso, como decimos, señalar a la empresa como responsable de las indemnizaciones resulta crucial en términos de control de las prácticas de extinción de los contratos de trabajo mediante incentivos, pues al ser a las empresas a quienes compete este tipo de decisiones va de suyo que incidiendo en el coste que las mismas han de asumir —jugando con las indemnizaciones debidas— el legislador puede programar las conductas de extinción contractual en los términos que considere oportunos —prevención o promoción de las extinciones, mantenimiento o rotación de trabajadores, preferencia por la flexibilidad interna o externa— abaratando o encareciendo los costes que habrá de pagar quien tenga realmente el poder para decidir si pone término o no la relación laboral.

Desde esta perspectiva de utilización de las indemnizaciones por fin de contrato como incentivos para la consecución de determinados fines de política legislativa (pautación de las extinciones de contratos de trabajo, potenciación de las estrategias de flexibilidad interna o externa, determinación del grado de circulación o rotación de la mano de obra que se considera oportuno, etc.) —*función preventiva o disuasoria*—, ligada a su funcionalidad de restauración del daño experimentado por la víctima —*función reparadora*—, precisamente a cargo de quien lo ha perpetrado y puede obtener ganancia o beneficio de ello —*función retributiva*—, es evidente que carece de todo sentido imputar la indemnización a quién no es realmente causante de la extinción y/o no puede evitar el daño del que se deriva la misma. Es por esto por lo que la finalización de la relación laboral en casos de despido disciplinario procedente o abandono o libre dimisión del trabajador —no imputables a la empresa— no obligan al empleador a tener que indemnizar al trabajador, que es quien finalmente habrá de asumir el coste de una decisión extintiva exclusivamente por él adoptada (y aún el de indemnizar por su parte a la empresa, si es que la perjudica). Y acaso pudiera en parte ser por esta misma razón por lo que la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, ha terminado suprimiendo la singular regla —de vigencia fugaz— que había introducido la LO 10/2022, 6 septiembre, según la cual las víctimas violencia de género, terrorismo o violencias sexuales podrían llegar a extinguir el contrato ex art. 40.4 ET con una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, regla que a la postre obligaba a la empresa a pagar indemnizaciones en rescisiones instadas por los trabajadores no obedientes a causas de empresa sino a la exclusiva protección de desgracias personales de los empleados completamente fuera de los márgenes operativos y las capacidades de control de las empresas.

3. Cuestionamiento del formato automático y legalmente tasado de las indemnizaciones

Es muy importante hacer hincapié en dos características fundamentales de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo a cargo de la empresa, ya aludidas al inicio de este trabajo. La primera es que operarían automáticamente, pues se generarían *ope legis*, como una especie de «efecto reflejo» de la extinción, en el sentido de que no haría falta reclamarlas explícitamente para que quedara constituido el derecho a las mismas: en las de despido, por ejemplo, bastaría la impugnación del cese del trabajador para que, en su caso, el juez las reconociera de oficio, sin necesidad de reclamarlas procesalmente el trabajador. La segunda es que tendrían una cuantía fija legalmente tasada (serían «indemnizaciones legales»). Esta cuantía, que operaría por cierto como un mínimo mejorable por los propios interesados (mediante contrato o en su caso mediante convenio colectivo), funcionaría —esto es importantísimo precisarlo— como una cifra completamente cerrada —final, definitiva— desde el punto de vista de la revisión contenciosa que de ella pudiera pretenderse en eventuales resoluciones judiciales dictadas a resultas de reclamaciones de daños instadas por los trabajadores. Dicho de otro modo, las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo se habrían venido entendiendo tradicionalmente como generadas de modo automático a partir de la finalización de la relación laboral —indemnizaciones no rogadas sino *ipso iure*— y sobre todo determinadas sobre unos estándares legales clausurados —susceptibles de mejora por contrato o convenio¹— que impedirían toda posibilidad de ulterior determinación jurisdiccional, bloqueando las eventuales reclamaciones complementarias de daños en las que pudiera sostenerse que la cuantía legal de la indemnización no cubre el daño realmente causado al trabajador (y por consiguiente tampoco sirve a los efectos preventivo-disuasorios que con ella se busca)².

Este paradigma de indemnización de los daños por finalización de la relación laboral, automático, rápido, seguro y sencillo, que ha venido funcionando de manera pacífica por mucho tiempo, ha empezado a cuestionarse en los últimos tiempos por algunas corrientes interpretativas que postulan la conveniencia de que los jueces puedan —deben— mejorar las indemnizaciones por extinción de la relación de trabajo, al entender que las cuantías legalmente fijadas podrían no alcanzar a cubrir las dimensiones reales del daño efectivamente padecido por los trabajadores ni a cumplir tampoco los objetivos —preventivo/disuasorios— de política de empleo que se busca con ellas³. A esta inflexión o giro hermenéutico pueden estar contribuyendo dos tendencias o fuerzas. Una más general, transversal en todo el derecho de daños, que postularía la necesidad —de justicia conmutativa o correctiva— de acercar más la reparación del daño a la realidad del perjuicio efectivamente sufrido por las víctimas, y de la que sería muestra también el auge de fenómenos o conceptos nuevos de responsabilidad como los daños morales, por pérdida de oportunidades, etc. Otra más específica, propia ahora del campo laboral estrictamente, que reclamaría la conveniencia de explorar nuevos títulos de responsabilidad empresarial por extinción del contrato de trabajo con el objeto de apuntalar el tan maltrecho principio de estabilidad en el empleo, entendiendo que aumentar la cuantía final de las indemnizaciones por extinción del contrato disuadiría al empleador del uso de medidas de flexibilidad externa. Este argumento enlazaría en particular con el abaratamiento de la cuantía legal de los costes de despido improcedente de los últimos años, que habría venido a demandar —se dice— cierta respuesta de activismo judicial frente a la política legislativa de flexibilización laboral⁴.

1 Vid. por ejemplo TS 25 mayo 1999 (rec. 4086/1998) o TS 21 septiembre 1999 (rec. 213/1999).

2 Vid. TS 11 marzo de 2004 (rec. 3994/2002) y TS 25 de noviembre de 2004 (rec. 6139/2003).

3 Incluso se habría postulado, por cierto, no ya la complementación judicial de las indemnizaciones legales de despido improcedente sino, yendo más lejos, la completa sustitución del vigente sistema legal de indemnizaciones tasadas de despido improcedente —considerado ilícito por contrario a las normas internacionales— por otro sistema de determinación exclusivamente jurisdiccional de las mismas; es lo que sostiene la SJ de lo Social 34 de Madrid 71/2020, 21 febrero; vid. C. MOLINA NAVARRETE, «La indemnización disuasoria por despido disciplinario, entre otros (auroras) y ocasos (crepúsculos): ¿justicia resarcitoria o “justicia del cadí”?», *CEF-Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 451 (2020), pp. 188 y 189.

4 Vid. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, «Valor social del trabajo y el despido injustificado “agravado”: la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de “disuasión marginal”», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, 1 (2022), pp. 43 y ss.; M. A. BALLESTER PASTOR, «Sobre el precio del despido y otras perversiones: reflexiones en torno a la indemnización de despido *contra legem*», *Briefs AEDTSS*, 9 (2023).

En el origen de esta nueva forma de concebir las indemnizaciones por extinción de la relación laboral —abierta a la complementación judicial— se encontrarían sin duda los renovados poderes jurisdiccionales que por la vía del control difuso de convencionalidad de las normas internas —incluidas las leyes— parece que ha venido a impulsar la STC 140/2018, 20 diciembre. Y es que esta importante sentencia, entendiendo que el control de convencionalidad, a diferencia del de constitucionalidad, se define no sobre la validez sino sobre la aplicabilidad de las leyes, de modo que la anteposición de los mandatos de las normas internacionales sobre las internas no comporta efecto derogatorio sino el mero desplazamiento de aplicación en el caso concreto, parece que ha venido a permitir que los órganos jurisdiccionales ordinarios puedan neutralizar lo que prescriben las leyes internas si consideran que entran en contradicción con lo que establecen las normas internacionales. Ante esta trascendental aportación de la jurisprudencia constitucional, que engrana con otras manifestaciones de nuestro ordenamiento que también reflejarían la prevalencia de los compromisos internacionales sobre las normas internas (arts. 10.2 y 96.1 CE, Ley 25/2014, 27 noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales), y en el contexto ya aludido de expansión de las responsabilidades por daños y de activismo judicial comprometido con la dignificación de las indemnizaciones por despido improcedente, sustancialmente rebajadas en los últimos años, y que resultan particularmente reducidas en contratos de corta duración, no han tardado en ir apareciendo, principalmente en instancia, más atenuadamente en suplicación —aún no hay pronunciamiento del Tribunal Supremo— sentencias que han venido a admitir que las indemnizaciones legales y automáticas por despido improcedente pueden resultar insuficientes en algunos casos debiendo ser complementadas por los tribunales atendiendo a la necesidad de revertir el daño realmente padecido por el trabajador (*restitutio in integrum*) y al fin de disuadir a los empresarios del despido libre o sin causa⁵.

Son principalmente dos los instrumentos internacionales en los que los jueces ordinarios patrios, en el contexto que acaba de referirse, han basado sus sentencias de estimación de indemnizaciones por despido improcedente complementarias a las que fija la ley interna española. Uno es sin duda la Carta Social Europea Revisada (CSEr) de Estrasburgo de 3 mayo 1996, que ha entrado en vigor para España el 1 de julio de 2021, y en cuyo art. 24 se consagra «el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada». Otro es el Convenio OIT 158, sobre terminación de la relación de trabajo, que dice en su art. 10 que cuando en supuestos de extinción injustificada del contrato por voluntad del empleador no sea posible la restitución *in natura* —mediante la readmisión del trabajador— deberá «ordenarse el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada». Sobre estas bases normativas internacionales —derecho de los trabajadores víctimas de despido improcedente a una «indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada»— algunos jueces o tribunales ordinarios, haciendo uso de sus flamantes poderes de control de convencionalidad de las leyes internas españolas, han considerado que las indemnizaciones por despido improcedente legalmente tasadas eran insuficientes, aumentando en consecuencia las cuantías que los empresarios tendrían que abonar a los trabajadores despedidos injustamente⁶. Hay que añadir por cierto que a todo esto ha contribuido sin duda también la Resolución del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) —cuya jurisprudencia vincularía a los Estados que hayan suscrito la Carta Social Europea Revisada (CSEr)— dictada en el caso *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) vs Italy* (158/2017, 11 de septiembre 2019), a propósito del sistema indemnizatorio tasado italiano, muy similar al español, y en la que se afirma que cualquier límite máximo de indemnización que impida que esta sea proporcional a los perjuicios sufridos por el trabajador y resulte suficientemente disuasoria para despidos sin causa es, en principio, contrario a la Carta⁷, exigiendo que

5 Vid. F. CAVAS MARTÍNEZ, «Control de convencionalidad e indemnización por despido improcedente», *Lefebvre-Revista de Jurisprudencia*, 30 (2021), ep. 1.

6 Vid. F. CAVAS MARTÍNEZ, «Control de convencionalidad e indemnización por despido...», *cit.*, ep. 3.

7 El Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa (CEDS) ha admitido a trámite la reclamación interpuesta por UGT el pasado 24 de marzo 2022 contra el actual sistema español de despido, pagado con indemnizaciones que se habrían degradado en los últimos años y que serían muy bajas respecto a los trabajadores con escasa antigüedad (https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/10/03/economia/1664799200_152428.html).

en tales casos se reconozca a la víctima un título para solicitar una indemnización complementaria por daños reales y a los tribunales la posibilidad de pronunciarse a este respecto en un plazo razonable⁸.

Esta nueva forma de contemplar las indemnizaciones por despido improcedente se inicia como no podía ser de otra manera en las sentencias los juzgados de lo social, que con base en la previsión internacional de protección frente al despido improcedente con «indemnizaciones adecuadas u otras reparaciones apropiadas», entendiendo que las legalmente tasadas por su carácter reducido ni hacen justicia a la víctima ni logran disuadir a los empresarios de acudir al ilícito expediente de los despidos sin causa, han llegado a conceder por ejemplo cuantías indemnizatorias de 60.000 euros en lugar de los 4.200 euros que corresponderían legalmente (SJ de lo Social 26 Barcelona 170/2020, 31 julio) o de 48.000 euros en lugar de 2000 (SJ de lo Social 26 Barcelona 174/2020, 31 julio). Los Tribunales Superiores de Justicia se han apresurado a contener sin embargo esta disruptiva corriente interpretativa en vía de suplicación, no negándola en términos categóricos pero sí matizándola y sometiéndola a ciertos ajustes y condiciones: (1) primera, que sólo cabe reconocer indemnizaciones complementarias a las legalmente tasadas en supuestos excepcionales de despido improcedente afectado de ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho (no es lo mismo una improcedencia derivada de defectos formales en el despido o una improcedencia en que la causa alegada existe pero es discutible o no suficiente que una improcedencia en que la causa de despido se ha inventado, se ha construido fraudulentamente o no existe absolutamente); (2) segunda, es preciso que en el caso de que se trate pueda afirmarse que la indemnización legal resulta notoria y evidentemente insuficiente al resultar manifiestamente exigua (en términos de resarcimiento de daños y preventivo-disuasorios de ciertos despidos improcedentes); (3) tercera, las indemnizaciones complementarias no pueden determinarse judicialmente *ex nihilo* por «simple voluntarismo de equidad», y menos con el único objetivo —de política legislativa, y que no deberían asumir los jueces sino los titulares del poder normativo— de inhibir o desincentivar despidos improcedentes, desconectado de la efectiva reparación del daño que ha padecido la víctima, de modo que es preciso —pues ante una disputa de daños privados nos encontramos— que el trabajador demandante aporte las bases fácticas que permitan al juez definir con base objetiva los daños y perjuicios realmente causados y así la indemnización adicional a la legalmente tasada que procede reconocer⁹. Véase TSJ Cataluña 2273/2021, 23 abril (rec. 5233/2020), 2757/2021, 20 mayo (rec. 5234/2020), 3812/2021, 14 julio (rec. 1811/2021), 469/2023, 30 enero (rec. 6219/2022) y TSJ Navarra 206/2021, 24 junio (rec. 198/2021), TSJ Castilla y León 382/2021, 1 marzo (rec. 103/2021)¹⁰.

Parece en cualquier caso que ha quedado abierta una nueva manera de entender las indemnizaciones por despido improcedente en que la fórmula clásica de deber de abono automático por la empresa de una cuantía tasada fijada legalmente *a priori* podría comenzar a admitir suplementación a través de las indemnizaciones que establecieran los jueces a demanda de los trabajadores con objeto de elevar y aproximar —hacer tendencialmente equivalente— el monto de las indemnizaciones al daño realmente experimentado con el despido injustificado y en todo caso de inhibir o disuadir a las empresas de recurrir a este tipo de soluciones —ilícitas y no deseables— de finalización de la relación laboral. Se trata de una nueva manera de interpretar las indemnizaciones por fin de contrato que aunque en principio parece nacer circunscrita a ciertos casos de despidos improcedentes abusivos o fraudulentos nada impide que pudiera

8 Vid. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, «Valor social del trabajo y el despido...», *cit.*, pp. 43 y 44; nótese en todo caso que la postura del Comité ha sido criticada por no atender suficientemente al anexo interpretativo de la propia norma, que señala que «se entiende que la indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales»; vid. P. G. DÍAZ DE ATAURI, «Las indemnizaciones por despido improcedente ante la Carta Social Europea revisada. Despido improcedente, Indemnizaciones, Tribunales y organismos internacionales», *Foro de Labos* (<https://www.elforodelabos.es/2022/06/las-indemnizaciones-por-despido-improcedente-ante-la-carta-social-europea-revisada/>).

9 Vid. F. CAVAS MARTÍNEZ, «Control de convencionalidad e indemnización por despido...», *cit.*, ep. 4.

10 La doctrina de suplicación no se muestra en todo caso unánime a este respecto, pues hay muchos pronunciamientos de TSJ que son contrarios a la complementación judicial de las indemnizaciones legales de despido improcedente: TSJ Galicia 23 marzo 2021, rec. 360/2021, 12 enero 2021, rec. 1507/2017 y rec. 1563/2017; TSJ Madrid 1 marzo 2021, rec. 596/2020, y 18 marzo 2021, rec. 136/2021.

extenderse a supuestos menos agravados de despido improcedente y en general a todo tipo de extinciones indemnizadas del contrato de trabajo por voluntad empresarial, como los despidos objetivos procedentes, la finalización de contratos temporales o las rescisiones contractuales (las indemnizaciones complementarias por daños se han admitido de hecho en los casos de resolución causal del contrato por incumplimiento grave del empresario que regula el art. 50 ET). Después de todo la lógica de reaccionar con una respuesta indemnizatoria suficientemente resarcitoria del daño padecido por el trabajador y adecuada para contener las no deseables prácticas empresariales de extinción de los contratos de trabajo, en aras del principio de estabilidad en el empleo, está presente en todas las situaciones de extinción legal indemnizada de la relación de trabajo. Con ello podría llegar a quebrarse la tradicional conceptualización del esquema de indemnizaciones por finalización de la relación laboral como un sistema clausurado de devengo y pago automático de compensaciones tasadas —consideradas legalmente justas y adecuadas para los fines de política de empleo que defina el legislador— en el que no habría lugar para determinaciones indemnizatorias derivadas de sentencias estimatorias de reclamaciones de daños instadas por los trabajadores.

4. Crítica de la propuesta de complementación judicial de las indemnizaciones legales

Si bien se mira, y como hemos venido apuntando reiteradamente, son esencialmente dos los argumentos en los que se basa la nueva doctrina crítica con el modo tradicional de determinación legal, tasada y automática de las indemnizaciones por extinción de la relación laboral, particularmente las asociadas a despidos improcedentes. Uno es que estas indemnizaciones no son un sustitutivo adecuado —un verdadero *equivalente*— de la reparación *in natura* que en términos de justicia conmutativa debiera proceder en estos casos como primera opción a través de la readmisión del trabajador injustamente cesado. Se trata, según sus críticos, de indemnizaciones de cuantía muy reducida, que han venido siendo además rebajadas en las reformas laborales de los últimos años, y que en todo caso —particularmente en contratos de corta duración— distan mucho de alcanzar para compensar los daños efectivamente padecidos por las víctimas de las extinciones. El otro es que, también precisamente por su escasa cuantía, y el relativamente escaso esfuerzo o sacrificio económico que supone para las empresas asumir su pago, estas indemnizaciones no consiguen disuadir adecuadamente a los empleadores de las muy censurables prácticas de extinción libre —a coste barato— de los contratos, viniendo a normalizar la ruptura de las relaciones de trabajo frente a otras posibles soluciones alternativas de flexibilidad interna más adecuadas en términos de estabilidad en el empleo. Los argumentos de la crítica a las indemnizaciones legales tasadas aparecerían referidos así exclusivamente a la «función resarcitoria» *ex post* (del daño a las víctimas) —plano privado— y a la «función preventivo/disuasoria» *ex ante* (de la conducta de los agentes del daño) —plano público— de las referidas medidas de responsabilidad, dejando por cierto completamente al margen otras utilidades subjetivo-psicológicas tradicionalmente presentes en los sistemas de responsabilidad, como son la «venganza» de las víctimas o la «penalidad» sobre el causante del daño, acaso consideradas funciones bárbaras, impropias de un orden civilizado, que por ello no debieran estar presentes en un sistema de responsabilidad moderno como el nuestro, por más que a la postre este tipo de componentes no dejen de terminar emergiendo siempre en forma de conceptos o títulos de responsabilidad como, pongamos por caso, la reputación, el honor o los «daños morales».

En relación al primer argumento, de que las indemnizaciones legales tasadas tienen una cuantía muy reducida que las aleja de la posibilidad de operar como sustitutos adecuados —cumplimiento por equivalente— de la reparación *in natura* o del cumplimiento específico de la obligación defraudada en que consistiría la plena readmisión del trabajador con abono de los salarios perdidos injustamente, de modo que no cubren el daño efectivamente padecido por el trabajador, debiendo ser en consecuencia complementadas por lo que se determine judicialmente previa demanda de parte interesada, corresponde hacer algunas consideraciones críticas. La primera es que suponer que el ordenamiento jurídico considera la reparación por indemnización como una especie de *second best* de la readmisión —que preferiría la reparación *in natura* o *in specie* a la reparación sustitutiva o por cumplimiento genérico— constituye petición de principio, pues eso que se da por supuesto es precisamente aquello que se discute.

De hecho, las cosas suceden más bien al revés a la luz de las normas positivas, y es que el ordenamiento laboral sanciona con readmisión obligatoria lo que sanciona con readmisión obligatoria y sólo eso —los despidos nulos—, de donde puede inferirse que la responsabilidad que se constituye para otro tipo de extinciones injustificadas queda ante todo definida como puramente indemnizatoria, es decir, como simple pago de una compensación económica, de modo que esta indemnización, que no es sustitutiva de nada, no puede definirse en función de un supuesto objetivo primario —suplir la readmisión— que carece de fundamento legal¹¹. Podrá discutirse que las indemnizaciones tasadas sean reducidas o insuficientes, o que con ellas se cumpla o no el objetivo de *restitutio in integrum* del daño sufrido por el trabajador, pero esta discusión deberá desanclarse de la idea de que con ello lo que a las postre se busca es sustituir la readmisión del trabajador, pues lo cierto es que el legislador no ha querido en estos casos —a diferencia de otros: los despidos nulos— la readmisión¹², sino simplemente compensar al trabajador con un pago indemnizatorio¹³.

Pero, además, ¿cómo o conforme a qué criterios o parámetros puede determinarse de un modo objetivo la cuantía indemnizatoria que resulta suficiente para entender que el daño padecido por el trabajador cesado ha quedado justamente reparado? La corriente interpretativa que cuestiona el sistema de indemnizaciones legales tasadas supone que tales indemnizaciones resultan insuficientes —no cubren adecuadamente el daño realmente experimentado por los trabajadores— y que por tanto deben ser complementadas mediante determinación judicial a demanda de los cesados, pero ¿cómo saber objetivamente que lo jurisdiccionalmente determinado cumple en cada caso la condición de suficiencia —y justicia— indemnizatoria que se reclama, es decir, que cada juez ha acertado al definir la indemnización? Evidentemente, esto resulta imposible, pues no cabe medir con unidades de cantidad —unidades monetarias— magnitudes cualitativas que escapan a toda medida: ¿cómo cuantificar, y pretender que tiene fundamento objetivo, el dolor o sacrificio padecido por el sujeto dañado, la merma en su honor o reputación, o el coste de las eventuales ganancias frustradas que supone el lucro cesante o la pérdida de oportunidades que van asociadas a un evento dañoso? Evidentemente, cuando el daño se realiza en bienes susceptibles de cambio económico, es posible un acercamiento objetivo al mismo a través del *proxy* que a tal efecto suministran los precios —el valor objetivo de mercado— de los bienes que han resultado dañados (ello sin contar con que incluso en este caso estaríamos ante un valor variable, que fluctuaría según el tiempo y el lugar o condiciones particulares del mercado en que cotizara el bien de referencia). Pero cuando lo que se daña son bienes intangibles, que no encuentran fácil traducción mercantil objetiva, como es el caso de la pérdida del empleo, ¿cómo se puede determinar de manera objetiva su valor para definir una justa reparación? Pensemos que el daño que cada persona asocia a la pérdida de un bien propio —el trabajador a la pérdida de su empleo— es además radicalmente individual pues está en función de las preferencias subjetivo-temporales, tan diversas, de cada persona, por lo que

11 Vid. C. MOLINA NAVARRETE, «La indemnización disuasoria por despido disciplinario, entre otros (auroras) y oca- sos (crepúsculos): ¿justicia resarcitoria o “justicia del cadí”?», *cit.*, pp. 203 y 204.

12 Esta interpretación ha quedado confirmada por lo que el Tribunal Supremo ha terminado finalmente resolviendo respecto de los llamados «*despidos prohibidos Covid*», considerados por alguna doctrina judicial nulos y no improcedentes; el TS, entendiendo que el efecto común o general de los despidos sin causa o antijurídicos no es la readmisión del trabajador (reservada para los supuestos tasados de nulidad que determina la ley), sino a lo sumo la indemnización que legalmente corresponda abonar, resuelve, sin voto particular, en la sentencia 841/2022, 19 octubre, que la realización de uno de tales despidos, supuestamente prohibidos, determina simple improcedencia, y por tanto indemnización y no necesariamente la readmisión, como debería suceder si entendiéramos que estamos ante nulidad.

13 Sin que con ello se esté quebrantando ningún compromiso internacional, y particularmente el art. 10 del Convenio 158 OIT de 1982, sobre terminación de la relación de trabajo, norma que «no obliga a los Estados a prever la readmisión *in natura* de las personas trabajadoras cuya relación laboral haya concluido sin una causa justificada como única forma de resarcimiento, pues contempla, como solución alternativa que los tribunales puedan acordar, el pago de una “indemnización adecuada” u “otra reparación que se considere apropiada”, pues la amplia redacción del art. 10 del Convenio 158 OIT legitima en la práctica cualquier solución legislativa que pueda adoptarse en el Derecho interno»; vid. F. CAVAS MARTÍNEZ, «Control de convencionalidad e indemnización por despido improcedente», *cit.*, epígrafe 3; lo mismo sostiene J. GALLEGU, «Indemnizaciones disuasorias, despido improcedente y el Convenio 158 de la OIT», en el *blog Según Antonio Baylos... Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social*, jueves, 10 de septiembre de 2020, <https://baylos.blogspot.com/2020/09/indemnizaciones-disuasorias-despido.html>.

resulta obviamente muy difícil —imposible— definir la realidad del daño que alguien experimenta con la pérdida del empleo (menos pretender que se hace objetivamente)¹⁴.

Las indemnizaciones por daños que podremos esperar que cuantifiquen los órganos jurisdiccionales por sentencia en el caso concreto previa reclamación de los trabajadores unilateralmente cesados por las empresas no podrán constituir por tanto más que meras estimaciones fruto de la interpretación *ex aequo et bono* que los jueces puedan construir argumentativamente con base en los indicadores de daño que los demandantes hayan conseguido acreditar en su demanda indemnizatoria¹⁵. Pero por objetivos que sean los hechos en que se apoye y por bien construida que resulte la argumentación ofrecida por la sentencia lo cierto es que no *dejaríamos* de estar ante un «constructo» interpretativo o una estimación subjetiva del órgano jurisdiccional —no es poco— cuya similitud con la realidad del daño efectivamente padecido por el trabajador no dejará de constituir una pura casualidad. Y es que la cadena argumentativa que supuestamente debería llevar desde el daño real que sufre el trabajador cesado —subjetivo y en gran parte, por ejemplo en sus componentes morales o psicológicos, consustancialmente intangible y no susceptible de cuantificación y medida— hasta su traducción en una suma monetaria indemnizatoria aparecerá necesariamente afectada de varias discontinuidades, defectos o saltos que la invalidaran lógicamente, por más que pretenda aparecer elaborada racionalmente (motivación) y desde bases fácticas reales y acreditadas (las pruebas de daño ofrecidas por el trabajador demandante). Siendo el daño subjetivo una magnitud esencialmente cualitativa que por definición no admite medida, no puede pretenderse que haya un procedimiento lógico o racional que permita terminar definiendo cuantitativamente el mismo a través de una cifra monetaria que reflejaría su valor exacto y definitivo —a través de una especie de transustanciación de lo cualitativo en lo cuantitativo—, razón por la que no puede considerarse más próxima a la realidad del daño la estimación que puedan hacer los jueces en cada caso particular que la que pueda hacer el legislador fijando de manera tasada y generalizada las indemnizaciones, sin que pueda afirmarse que aquellas por ser concretas y derivar de hechos o circunstancias particulares se aproximan tendencialmente más al daño verdaderamente experimentado, pues la falta de medida y cuantificación real y tangible del daño impide saber qué indemnización se acerca más a la correcta reparación¹⁶. Una indemnización u otra podrá parecer suficiente o

14 La verdadera y genuina restauración indemnizatoria del daño presupone en efecto la posibilidad de una determinación objetivada de utilidades subjetivas, además en momentos temporales distintos (el del suceso dañoso y el de la reparación), que de hecho resulta imposible en la práctica, dado el carácter absolutamente particular, actual y subjetivo (*hic et nunc*) de cada experiencia de utilidad, y por tanto la absoluta inconmensurabilidad de la misma con otras supuestamente iguales (*individuum est ineffabile*); *vid.* L. V. MISES, *La acción humana. Tratado de economía* (traducción de J. Reig albiol), Unión Editorial, Madrid, 2011, pp. 116 y ss.; F. Hayek, *La fatal arrogancia*, Unión Editorial, Madrid, 2010, p. 161.

15 Esto se aprecia bien, por ejemplo, a propósito de la cuantificación de los daños morales en casos de despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales, en los que la valoración del perjuicio, desconectada o independizada de la prueba que pueda aportar el trabajador, puede concretarse con una mayor margen de discrecionalidad judicial; la TS 356/2022, 20 abril, siguiendo el mismo criterio de la TS 179/2022, 23 febrero, o la TS 214/2022, 9 marzo, dice en este sentido que «la indemnización de daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación, en tanto que en esta materia se produce la “inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración”... y, por otra parte, “diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del *quantum* indemnizatorio” de la aplicación de parámetros objetivos, pues “los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados” no tienen directa o secuencialmente una traducción económica, sin que el recurso a la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS sea por sí mismo suficiente para cumplir con precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental, de modo que tal criterio debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto (como la antigüedad del trabajador, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, o el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido)»; *vid.* J. R. MERCADER UGUINA, Indemnización por daños morales y prudente arbitrio del juzgador en su determinación: demasiados conceptos borrosos en una frase, *Foro de Labos*, 9 junio 2022 (<https://www.elforodelabos.es/2022/06/indemnizacion-por-danos-morales-y-prudente-arbitrio-del-juzgador-en-su-determinacion-demasiados-conceptos-borrosos-en-una-frase/>).

16 En este asunto no hay efectivamente *gradualidad* o mayor valor de las soluciones que se aproximan tendencialmente más al resultado o fin óptimo deseado (la indemnización justa, en nuestro caso), por cumplir un

insuficiente, o muy baja o muy alta, conforme a ciertos criterios, que habrá que definir, pero no podrá decirse que compensa o no el daño real experimentado por la víctima, pues no estamos en condiciones de conocer tal daño¹⁷.

Y es que sucede de hecho que lo que al final determina en un ordenamiento la cuantía indemnizatoria que se entiende adecuada para reparar un daño no es el daño en sí —porque es imposible definirlo cuantitativamente, como decimos— sino el precio que se quiere poner a una conducta cuya práctica se busca encauzar o regular de alguna manera —restrictiva o favorablemente— y que puede ir desde el extremo de la inhibición total de la misma —imposición de cuantías indemnizatorias prohibitivas y responsabilidades máximas— hasta el opuesto de su normalización o admisibilidad —rebaja de indemnizaciones o no imputación de responsabilidades—, dejando por el medio un amplio espectro de conductas cuya práctica se (des)incentiva relativamente a través de una tarifa de costes o pagos variables según la medida en que las mismas pretendan ser evitadas o promovidas. Es por esto mismo por lo que las normas de responsabilidad por daños o incumplimientos definen las indemnizaciones sobre la cabeza de los agentes causantes de los daños y no sobre personas distintas —impidiendo o limitando, por ejemplo, el aseguramiento o la dispersión de la responsabilidad por vía de reparto tributario, lo que desplazaría el pago de las indemnizaciones a sujetos distintos de los causantes del daño, con la consiguiente desalineación de los incentivos—, pero sobre todo, y esto es lo que ahora importa subrayar, es por esto por lo que puede decirse que no es el daño lo que define la cuantía de la indemnización sino que, al revés, es la cuantía de la indemnización que el ordenamiento atribuye a una conducta que produce un resultado que se quiere desincentivar en mayor o menor medida lo que define la mayor o menor censurabilidad, reproche o severidad —y por tanto gravedad y cuantía— del daño de que se trata. De modo que, en definitiva, debe decirse que el daño no es a priori y anterior a la responsabilidad o la indemnización, sino a posteriori o consecuencia de ella. No debe por ello —porque no se puede, como venimos diciendo— mirarse al daño para deducir a partir de él la indemnización debida, porque es esta, tal y como el ordenamiento la va definiendo y conformando en su evolución para cada caso o situación típica, lo que define «el valor del daño» que corresponde. Habrá por tanto que ver cuáles son los fines de política legislativa que se quiere alcanzar poniendo precios indemnizatorios a ciertas conductas —endurecer o facilitar la extinción del contrato de trabajo, o de cierto tipo de vías extintivas respecto de otras, etc.— y a partir de ahí definir la relevancia de determinados daños, pero no al revés.

El segundo argumento de la crítica del carácter legalmente tasado de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, particularmente por despido improcedente, tiene que ver precisamente como decíamos con su utilidad como mecanismo disuasorio/preventivo de las conductas o decisiones empresariales de extinción de las relaciones de trabajo, es decir, no de cómo sirven —*ex post*— para restañar el daño causado a la víctima —escala privada, de satisfacción personal o subjetiva— sino de cómo tales indemnizaciones funcionan —*ex ante*— como incentivos para que ciertas conductas —escala pública, de regulación de la conducta social— no vuelvan a reproducirse o lo hagan de la manera o el modo que se quiere programar para ocasiones futuras. Y es que la crítica al carácter tasado y cerrado de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo postularía ahora que por la que se considera reducida cuantía de las mismas, y el relativamente escaso esfuerzo o sacrificio económico que supondría para las empresas asumir su pago, tales indemnizaciones no conseguirían disuadir o inhibir adecuadamente a los empleadores de las muy censurables prácticas de extinción libre —a coste barato— de los contratos, viniendo de este modo a normalizar soluciones de ruptura de las relaciones de trabajo frente a otras posibles salidas o alternativas de flexibilidad interna menos traumáticas y más adecuadas y deseables en términos de estabilidad en el empleo. Los

mayor número de condiciones que las soluciones que por cumplir menos se quedarían más lejos del objetivo de referencia, sino *salto discreto y dicotómico entre todo o nada* (sin *tertium genus*), a la manera como no puede decirse que si una silla necesita al menos tres patas para sostenerse es mejor que tenga dos que sólo una porque con dos se acerca mejor al estado de equilibrio que sólo con una (y es que o bien hay equilibrio, con tres patas, o no lo hay, siendo indiferente que la silla tenga una o dos patas).

17 Sobre la problemática que supone la cuantificación del daño asociado al despido y la determinación de la indemnización que debe proceder de acuerdo con criterios objetivos en tales casos, *vid.* C. MOLINA NAVARRETE, «La indemnización disuasoria por despido disciplinario, entre otros (auroras) y ocasos (crepúsculos): ¿justicia resarcitoria o “justicia del cadí”?», *cit.*, pp. 203 y ss.

jueces, debido a ello, tendrían que poder —deberían— aumentar las indemnizaciones legales con responsabilidades complementarias con el fin de neutralizar unas prácticas empresariales de extinción y despido injustificado que deben ser objeto de corrección.

Es este un argumento que no se haya tampoco exento de inconvenientes. Nótese que el objetivo —de regulación de la conducta de las empresas— al que se ordenan los incentivos que definen las indemnizaciones por extinción de la relación de trabajo no es propia o exclusivamente, como la corriente interpretativa que ahora se critica supone, el de cortar de raíz o impedir absolutamente las soluciones de ajuste extintivo de la relación de trabajo, sino simplemente el de conducir o encauzar este tipo —inevitable— de soluciones. Si lo que se quisiera fuera realmente erradicar las extinciones y singularmente los despidos sin causa el ordenamiento habría sencillamente prohibido tales extinciones declarando categóricamente la imposibilidad de las mismas y sobre todo forzando la readmisión obligatoria de los trabajadores en tales casos, pues ya se sabe que la verdadera fuerza de obligar de una norma no está tanto en lo que prescribe como en el efecto que determina para el caso en que se incumpla lo que prescribe. Sin embargo, las extinciones y específicamente los despidos sin causa no están realmente prohibidos, pues la consecuencia legal que provoca su realización no es la readmisión forzosa sino una indemnización económica a cargo de la empresa. Por las razones que sea, seguramente porque no se olvida que las empresas habitan en el modo de producción capitalista en una economía de mercado competitiva que no aconseja dejarlas privadas de ciertos márgenes de discrecionalidad —aunque no sean gratuitos— a la hora de desligarse de la mano de obra, lo cierto es que nuestro sistema laboral no prohíbe las extinciones —particularmente los despidos sin causa— sino que simplemente fija el precio que deberán pagar las empresas. No es ilícito extinguir o poner término sin causa a la relación de trabajo si el empresario paga a los trabajadores el precio que en forma de indemnizaciones establece el sistema. Y ahora viene lo más importante, y es que este precio no sólo opera como garantía de un mínimo compensatorio a favor de los trabajadores, mejorable por supuesto contractual o convencionalmente por la empresa, sino que opera también como límite, en beneficio ahora de la empresa, impidiendo que los costes extintivos se disparen de manera desorbitada, con objeto de que no queden comprometidos los objetivos de política de empleo y de regulación del mercado de trabajo —*v.gr.*, flexibilidad externa— que pueda perseguir el ordenamiento laboral.

La corriente crítica con las indemnizaciones legales tasadas por extinción del contrato de trabajo entiende, en cierto modo partiendo de que, sobre todo en los casos de despido sin causa, lo realmente pertinente y correcto —lo propio— sería la readmisión obligatoria de los trabajadores injustificadamente cesados, que las cuantías que fija la legislación laboral resultan insuficientes, de modo que no desincentivan adecuadamente a las empresas para evitar utilizar la extinción del contrato de trabajo y sobre todo el despido no causal como normal solución de ajuste de las plantillas (sin conocer ni haber determinado por cierto los términos de la relación causal entre el coste de la extinción del contrato de trabajo y la decisión extintiva final de la empresa¹⁸). Pero, sobre todo, y esto es lo más importante, entiende que los jueces, gracias como hemos dicho a las capacidades con que les dota el control de convencionalidad de las leyes, tienen por ello que complementar tales cuantías a través del reconocimiento de indemnizaciones suplementarias por sentencia a demanda de los trabajadores que entiendan que han sufrido daños mayores a los que reflejan las indemnizaciones legales. Con ello los jueces quedan erigidos en intérpretes de la política de empleo y de mercado de trabajo —qué fuerza debe darse a la estabilidad en el empleo frente a los poderes de disposición de las empresas sobre las plantillas, qué peso haya de tener la flexibilidad externa respecto de la flexibilidad interna, cuánto deban primar los intereses de los trabajadores (*insiders*) sobre los desempleados (*outsiders*)— y, sobre todo, el legislador privado consecuentemente de ella, al menos en la medida en la que no podrá topar los costes de extinción de la relación laboral y del despido improcedente ni por tanto jugar con sus poderes de liberalización de los procesos de ajuste de las plantillas, puede que convenientes en ciertos escenarios de la economía de mercado. Podrá discutirse si las indemnizaciones por finalización de la relación de trabajo son suficientes o insuficientes y en su caso mejorarse o no las referidas indemnizaciones, pero dejar que sean los jueces quienes, a través de una especie de sistema disuasorio de «daños punitivos», definan tal suficiencia según la interpretación de los objetivos de la política de empleo que en cada caso se considere

18 *Vid.* I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, «Valor social del trabajo y el despido...», *cít.*, pp. 48 y ss.

excede me parece los confines de la función jurisdiccional en nuestro sistema, con el agravante además de que priva al legislador de su capacidad natural de definir la política de empleo y de mercado de trabajo en las condiciones uniformes y generales que entienda oportuno¹⁹.

Nótese además que el sistema supuestamente deficiente de indemnizaciones legales tasadas y automáticas contra el que se levantan las nuevas propuestas de complementación jurisdiccional viene avalado por más de 40 años de vigencia pacífica e incontestada, circunstancia esta —la de su veteranía y asentamiento en el tiempo— que, simplemente con base en el argumento de «razón suficiente» —la mera persistencia de una estructura estaría de algún modo certificando cierta utilidad o razón de ser de la misma— ya nos debiera predisponer para ser cautos con las nuevas propuestas de complementación judicial de las indemnizaciones, propuestas inéditas nunca puestas en práctica antes, de efectos desconocidos o no debidamente definidos, basadas simplemente en la supuesta debilidad —la injusticia o iniquidad— del esquema de responsabilidad contra el que se alzan. No quiere obviamente decirse con esto que no deba proponerse una innovación del ordenamiento cuando la misma se juzgue oportuna, sólo que esta propuesta, cuando resulte disruptiva respecto de un esquema de regulación previo largamente asentado en el tiempo, que goza por ello de la presunción de utilidad que trae consigo su carácter inveterado —se trata de la legitimidad histórica o por tradición de las instituciones antiguas («efecto *Lindy*» o de afirmación por el paso del tiempo)—, deberá ser tomada en cuenta con prevención, particularmente cuando se presente como solución para un supuesto problema que no ha sido adecuadamente diagnosticado y no estén bien definidos los efectos que las nuevas soluciones vayan a terminar produciendo, de modo que sólo se base en la pretendida insuficiencia de un sistema de indemnizaciones legales y tasadas que se considera obsoleto e injusto sin más²⁰. La reforma de una institución o una técnica regulatoria que se mantiene en el tiempo, y a la que debe presumirse *ex consequentiis* cierto valor o sentido de utilidad social, no puede simplemente basarse en la intuición de una supuesta inadecuación de tal institución: aparte de aportar argumentos sólidos que acrediten sus deficiencias, ha de proponerse un marco que, posibilitando la comparación de los resultados del viejo y el nuevo sistema, permita determinar con ciertas garantías la neta superioridad del que se propone implantar (los experimentos sociales no suelen resultar nunca inocuos)²¹.

En este sentido, conviene tener presente que el tradicional sistema automático de indemnizaciones legales tasadas, si se ha mantenido larga e incontestadamente en el tiempo, seguramente ha sido por el equilibrio que ha sido capaz de conseguir en la satisfacción de los diversos intereses concurrentes en las situaciones de extinción de la relación laboral²². Para los trabajadores, ha comportado la ventaja de garantizar unas mínimas cuantías compensatorias (mejorables contractual o convencionalmente) en una gran cantidad de situaciones diversas de finalización de los contratos de trabajo definidas legalmente *a priori* —y en las que se incluirían, por cierto, extinciones instadas por los propios trabajadores en las que en puridad podría cuestionarse la existencia de daño y la procedencia de la indemnización—, con el añadido de que no sería precisa una reclamación expresa individualizada, al derivar la indemnización automática o reflejamente —sin prueba del daño— del hecho mismo de la extinción del contrato. Para las empresas, ha supuesto la ventaja de definir de manera clara de antemano los costes máximos que tendrán que enfrentar para desprenderse de la fuerza de trabajo, sea causalmente, sea incluso sin causa, cuando el mercado o la evolución de los riesgos y los beneficios empresariales así lo aconsejen o determinen, facilitando las operaciones de cálculo económico —anticipación de efectos futuros de conductas presentes— y con ello una mejor asignación de los bienes

19 Vid. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, «Valor social del trabajo y el despido...», *cit.*, pp. 45 y 46.

20 La validez o normatividad de lo antiguo, precisamente por su capacidad para resistir y reafirmarse frente a los cambios y el tiempo, es una idea frecuente que aparece, por ejemplo, en el concepto de «legitimidad histórica o tradicional» que utiliza Max Weber para explicar la justificación del poder y las instituciones, o también, como hemos dicho, en el llamado «efecto *Lindy*», del que habla Taleb cuando estudia el tiempo y la fragilidad, efecto según el cual cuanto más prolongada haya sido la supervivencia de una norma o institución mayor será el tiempo que podemos esperar que continúe existiendo; vid. N. N. TALEB, *Antifrágil. Las cosas que se benefician del desorden* (traducción de G. Sánchez Barberán y a. Santos Mosquera), Paidós, Barcelona, pp. 377 y ss.

21 Vid. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, «Valor social del trabajo y el despido...», *cit.*, pp. 59 y 60.

22 Vid. C. MOLINA NAVARRETE, «La indemnización disuasoria por despido disciplinario, entre otros (auroras) y ocasos (crepúsculos): ¿justicia resarcitoria o "justicia del cadí"?», *cit.*, p. 189.

y los recursos²³. En fin, en términos de lo que el análisis económico del derecho llama «costes sociales» de los daños, particularmente de los «costes terciarios» de que habla Calabresi, parece evidente que un sistema de indemnizaciones automáticas legalmente tasadas contribuye sin duda a reducir notablemente el precio social de la compleja tarea de la determinación e imputación de los daños así como su compensación mediante indemnizaciones *ad hoc* —los «costes de transacción» consustanciales a la finalización de las relaciones de trabajo—, al hacer innecesarias las reclamaciones individuales y los pleitos para definir las compensaciones. No pueden por tanto subestimarse los nuevos costes, económicos e institucionales, que para las empresas, pero también para los trabajadores, y para el sistema social y la economía en su conjunto, podría comportar judicializar la determinación de las indemnizaciones por fin del contrato de trabajo²⁴.

23 Vid. F. CAVAS MARTÍNEZ, «Control de convencionalidad e indemnización por despido...», *cit.*, ep. 4.

24 Vid. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, «Valor social del trabajo y el despido...», *ibidem*, pp. 59 y 60.

IX.

DERECHO DEL TRABAJO Y SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL: DESAFÍOS Y RESPUESTAS¹

Iván Antonio Rodríguez Cardo

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

1. Introducción

Los algoritmos («conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema», según el Diccionario de la RAE) son un producto de la matemática, y por ello de origen remoto. De hecho, se han documentado algoritmos en civilizaciones como la sumeria o la babilónica, miles de años antes de Cristo (con aplicaciones prácticas diversas, como el cálculo de la superficie de los terrenos o predicciones sobre el momento e impacto de crecida de los ríos), y desde luego en Roma y Grecia, como el conocido algoritmo de Euclides. La denominación de algoritmo, no obstante, proviene del astrónomo y matemático persa Mohamed ben Musa Khwarazmi (latinizado *Al Juarismi*, que derivó en *Algoritmi*), quien vivió entre finales del siglo VIII y la primera mitad del siglo IX.

Por supuesto, la relevancia económica y social de los algoritmos entonces no era comparable a la actual, y ni siquiera la aparición de la informática incrementó significativamente su impacto (el primer algoritmo informático se atribuye a la matemática Ada Lovelace, de nombre real Augusta Ada King, a mediados del siglo XIX). Hubo que esperar a la combinación de los progresos en la matemática, en la informática y en la tecnología en general (mayor potencia de procesamiento) para alumbrar una nueva realidad. Los algoritmos ya no se limitan a automatizar operaciones simples para facilitar un resultado más o menos predecible que ahorre tiempo al evitar cálculos manuales/mentales complejos, como una calculadora tradicional, sino que ofrecen posibilidades que hace pocos años estaban constreñidas a la literatura y filmografía catalogada como ciencia-ficción.

La inteligencia artificial, que a la postre está basada en algoritmos sofisticados, es buena prueba de ello. En los años sesenta del siglo XX era creencia común que el ser humano siempre podría vencer a una máquina en el juego del ajedrez, pues aun cuando el ordenador fuera capaz de realizar cálculos más veloces que un ser humano, nunca podría contar con otras cualidades, como el ingenio, la audacia o la creatividad. En 1996, Garry Kasparov, campeón del mundo y quizás el mejor ajedrecista de la historia, venció a un programa informático —Deep Blue—, pero volvió a enfrentarse contra una versión mejorada de dicho programa al año siguiente, y fue derrotado. La evolución de las máquinas desde entonces hace ya inviable la victoria humana.

Al margen de aplicaciones lúdicas, los algoritmos están presentes en todos los ámbitos de la vida. Son hoy frecuentes las referencias al *big data* o a la minería de datos, entre otras muchas expresiones de significado complejo, pero de las que se trasluce que el volumen de información

1 Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i que lleva por título «El impacto de los cambios tecnológicos, económicos y sociales», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por María Antonia CASTRO ARGÜELLES e Iván RODRÍGUEZ CARDO (referencia: PID2020-118499GB-C32).

que la realidad genera es prácticamente inabarcable, y sólo a través de herramientas complejas se puede aspirar a su recopilación y selección, para posteriormente alcanzar conclusiones. Los algoritmos se han convertido en instrumentos muy útiles para facilitar la toma de decisiones, toda vez que identifican patrones y, con ello, predicen conductas y tendencias, amén de establecer probabilidades con un fundamento matemático sólido. Es más, los algoritmos son utilizados también por las Administraciones Públicas con fines muy diversos, inclusive la prevención del delito.

Los avances tecnológicos convierten al algoritmo en una oportunidad en muchos órdenes —el legislador español así lo reconoce en ámbitos en los que podría sorprender, como el cambio climático²—, pues el mundo simplemente sería distinto sin algoritmos, inteligencia artificial y *big data*³, cuyo impacto económico resulta significativo⁴. Sin embargo, también generan riesgos, porque las decisiones basadas en meras probabilidades no son sencillas de aceptar en ocasiones, ni desde una perspectiva humana, ni de justicia social, ni tampoco jurídica⁵. La sofisticación de los algoritmos aumenta la confianza, quizás desmedida, en el análisis efectuado y en los resultados obtenidos, que se consideran los más eficientes a partir de la información disponible, y, si no óptimos, sí con más probabilidades de éxito y menores de fracaso que los derivados del análisis humano.

En una evolución comprensible, esas tecnologías han pasado de ser un apoyo en la toma de decisiones a convertirse en el procedimiento de decisión en sí mismo, suplantando al ser humano y dando lugar a «decisiones automatizadas». Surgen de este modo expresiones como «algocracia» (del inglés *algocracy*)⁶, que alerta del incremento de decisiones sin control humano, y de ahí que se insista —también desde el ámbito de la UE⁷— en la necesidad de someter el uso de los algoritmos a una valoración ética, reduciendo su impacto cuando proceda⁸. En este contexto, se ha defendido que las leyes formuladas por Asimov en 1940 para la robótica —la primera incidía en que los robots no podrían, por acción u omisión, dañar a las personas— deben constituir el pilar sobre el que se ha de erigir el Derecho de la Inteligencia Artificial⁹, y se han elaborado catálogos de principios éticos que esta tecnología debe respetar¹⁰.

2 Vid. art. 6.c) de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética.

3 Vid. BOYD, D., y CRAWFORD, K., «Six provocations for Big Data», *A Decade in Internet Time: Symposium on the Dynamics of the Internet and Society*, September 2011, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1926431>.

4 Vid. BUCHHOLTZ, S., BUKOWSKI, M., y SNIEGOCCI, A., «Big and open data in Europe. A growth engine or a missed opportunity?», *DemosEuropa* 2014, disponible en <https://wise-europa.eu/en/2014/02/26/big-open-data-in-europe-a-growth-engine-or-a-missed-opportunity/>.

5 Vid. GARCÍA MURCIA, J., «Cambio tecnológico, futuro del trabajo y adaptación del marco regulatorio», en MONREAL BRINGSVAERD, E., Thibault Aranda, X., y Jurado Segovia, A., *Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 27 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J., «El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales. Una visión desde el ordenamiento europeo y español», en SEVERÍN CONCHA, J. P., (Ed.), *Derechos fundamentales de la persona del trabajador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 23 y ss.

6 Término acuñado por primera vez en ANEESH, A., *Technologically coded authority: The post-industrial decline in bureaucratic hierarchies*, 2002, accesible desde <https://web.stanford.edu/class/sts175/NewFiles/Algocratic%20Governance.pdf>.

7 Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan coordinado sobre la inteligencia artificial (COM/2018/795 final), en la que se apuesta por el «desarrollo de una IA ética, segura y de vanguardia *made in Europe*».

8 Por todos, vid. SANDVIG, C., HAMILTON, K., KARAHALIOS, K., y LANGBORT, C., «When the algorithm itself is a racist: Diagnosing ethical harm in the basic components of software», *International Journal of Communication*, n.º 10, 2016; Moore, P. V., «The mirror for (artificial) intelligence: in whose reflection?», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41 (1), 2019, pp. 65 y ss.; COTINO HUESO, L., «Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica. enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho», *Revista General de Derecho Administrativo (justel)*, n.º 50, 2019; MONASTERIO ASTOBIZA, A., «Ética algorítmica: Implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos», *Dilemata*, n.º 24, 2017, pp. 185 y ss.; Sastre Domínguez, P., y Gordo López, A. J., «El activismo de datos frente al control algorítmico. Nuevos modelos de gobernanza, viejas asimetrías», *IC: Revista Científica de Información y Comunicación*, n.º 16, 2019, pp. 157 y ss.

9 Vid. LÓPEZ ONETO, M., *Fundamentos para un Derecho de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 196 y ss.

10 Vid. EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES, *Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous' Systems*, Bruselas, 2018, disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/df6be62e-4ce9-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-78120382>.

En verdad, la creciente desconfianza hacia la inteligencia artificial se asienta en múltiples factores, como las sospechas de un diseño intencionadamente lesivo, o la detección de sesgos derivados del tipo de información utilizada, así como también del impacto sobre la dignidad, en conexión implícita con la salud mental, pues los procedimientos automatizados suelen considerarse «fríos e inhumanos»¹¹, de modo que la participación de una persona, aun no dando lugar a una revisión de la decisión, permitiría reconfortar al afectado, mitigar su dolor, a diferencia de las máquinas, que carecen de empatía¹².

El Reglamento General de Protección de Datos —Reglamento (UE) 2016/679— contempla alguna regla para prevenir esos riesgos, pero, por su contenido y finalidad, resulta insuficiente y se requiere una aproximación más específica. En este contexto, no es extraño encontrar normas, o propuestas, para regular los algoritmos en muchos lugares del mundo, desde Estados Unidos¹³, a China¹⁴, Reino Unido¹⁵ o Nueva Zelanda¹⁶. La UE también ha comenzado a trabajar decididamente en esa dirección.

2. Algoritmos y Derecho del Trabajo: panorámica general

Los algoritmos se han incorporado plenamente a la dinámica ordinaria de funcionamiento de las empresas, pues facilitan la estrategia y organización, optimizando los recursos, los procesos y la toma de decisiones¹⁷. Es más, en ciertos sectores ni siquiera es posible que una actividad empresarial se desarrolle exitosamente, o con una mínima expectativa de rentabilidad, sin el apoyo de algoritmos, como sucede en la economía de las plataformas. Con una visión más amplia, la automatización, en su vertiente de robotización, conduce a la sustitución de trabajadores por máquinas¹⁸, bien sean físicas (robots en sentido estricto), bien virtuales, como los *chatbots* y/o asistentes virtuales, que actúan como primera forma de contacto entre la empresa y el cliente¹⁹. Aun cuando sus beneficios y riesgos se valoren conjuntamente²⁰, la robotización aboca a un escenario diferente a la gestión laboral algorítmica y requiere un análisis desde otra

-
- 11 Cfr. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., «Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores», *RL*, n.º 11, 1994, pág. 29.
- 12 Vid. TODOLÍ SIGNES, A., «Prevención de riesgos laborales ante la inteligencia artificial y la reputación digital de las personas trabajadoras», en MOLINA NAVARRETE, C., y VALLECILLO GÁMEZ, M. R., (Dir.), *De la economía digital a la sociedad del E-Work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 362 y ss.
- 13 Vid. *Algorithmic Accountability Act of 2022*, accesible en <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/6580/text?r=2&s=1>, actualización de una propuesta fallida de 2019.
- 14 Vid. FERNÁNDEZ, C. B., «China presenta su proyecto de Reglamento sobre algoritmos de recomendación en Internet», *Diario La Ley ciberderecho*, n.º 53, septiembre 2021.
- 15 *Algorithmic Transparency Standard* (<https://www.gov.uk/government/collections/algorithmic-transparency-standard>).
- 16 *Algorithm charter for Aotearoa New Zealand*, disponible en <https://data.govt.nz/toolkit/data-ethics/government-algorithm-transparency-and-accountability/algorithm-charter/>.
- 17 Vid. CAMPIONE, R., «Humaquinismo: Una panorámica sobre el ser humano, la robótica y la inteligencia artificial», en FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., *Derecho y nuevas tecnologías*, Civitas, Madrid, 2020, pp. 37 y ss.
- 18 Vid. MERCADER UGUINA, J. R., «Reflexiones sobre los efectos de la simultánea creación, destrucción y transformación del empleo en la era digital», en MOLINA NAVARRETE, C., y VALLECILLO GÁMEZ, M. R., (Dir.), *De la economía digital a la sociedad del E-Work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 93 y ss.; GÓMEZ SALADO, M. A., *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 75 y ss.; ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F. M., «La protección social en la era digital», en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., *Tecnología y trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 208 y ss.; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Robótica Inclusiva: rendimiento económico y empleo», *Arbor*, Vol. 197, n.º 802, 2021, a 626.
- 19 Vid. MUÑOZ RUIZ, A. B., *¿Conoces a Macarena? Los chatbots: los nuevos empleados digitales*, disponible en <https://www.elforodelabos.es/conoces-a-macarena-los-chatbots-los-nuevos-empleados-digitales/>.
- 20 Por ejemplo, en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa» (2018/C 440/01), publicado en el DOUE de 6 de diciembre de 2018 y disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IE1473&from=ES>.

perspectiva²¹, como los efectos sobre el empleo, la implementación de medidas de prevención de riesgos laborales y la eventual atribución de derechos y obligaciones a los robots, personalidad jurídica en suma²², y por ello quedarán fuera de este análisis.

En el estricto marco del impacto de los algoritmos sobre los derechos y deberes del trabajador, la Administración Pública juega también un papel, pues, prescindiendo ahora de los utilizados en otros ámbitos, como la detección de la reincidencia en casos de violencia de género (*VioGén*), la detección de amenazas terroristas en internet (Tensor) o la regulación del bono social en la factura de la luz (Bosco), los algoritmos también inciden en ámbitos más próximos a las relaciones de trabajo, inclusive sobre el proceso laboral y en cuestiones directamente vinculadas con la competencia del orden jurisdiccional social²³. Asimismo, cuentan con creciente incidencia en la gestión de la Seguridad Social²⁴, en el control de la incapacidad temporal²⁵, en los procesos de búsqueda de empleo (*Send@*) o en general en la persecución del fraude laboral y de Seguridad Social por parte de la Inspección de Trabajo²⁶, amén de que la interacción en la web de la Seguridad Social puede desarrollarse a través de un asistente virtual llamado ISSA.

Sin embargo, ninguna de esas facetas es la que interesa en este momento, como tampoco lo es la relativa al concepto de trabajador, de especial relevancia en el contexto de las plataformas digitales²⁷. También se obviará la problemática que suscita el control del trabajador (*v.gr.*, sistemas de reconocimiento facial). Baste decir que los medios empleados a tal fin —potencialmente muy invasivos²⁸— deben ser plenamente respetuosos con los derechos del trabajador, en particular los de carácter fundamental²⁹, y será menester ajustar la valoración a los parámetros clásicos del test de proporcionalidad, modulados en tiempos recientes por la intensa actividad del TEDH. Lógicamente, tampoco cabe desdeñar el impacto de los sistemas de inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales —incluso en el aspecto emocional³⁰—, o en el de la protección de datos, que cuentan cada uno con espacios propios, pero también con sinergias (los datos de salud son datos especialmente sensibles y protegidos).

Todas esas cuestiones permiten —y requieren— análisis monográficos, y desde una perspectiva de aproximación que no alcanza de ordinario a la denominada «discriminación algorítmica» en el trabajo, esto es, la discriminación derivada de la gestión laboral apoyada en esa clase de tecnologías. En particular, los algoritmos han permitido la automatización de la toma

21 Vid. MERCADER UGUINA, J. R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 239 y ss.; FREY, C. B., y OSBORNE, M., *The Future of Employment: How susceptible are jobs to computerisation?*, Universidad de Oxford, 2013, disponible en <https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/future-of-employment.pdf>.

22 Vid. DE STEFANO, V., «Negotiating the Algorithm: automation, artificial intelligence, and labor protection», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41 (1), 2019, pp. 18 y ss.

23 Vid. OLARTE ENCABO, S., «La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación», *Documentación laboral*, n.º 119, 2020, pp. 95-97.

24 Vid. GOERLICH PESET, J. M., «Decisiones administrativas automatizadas en materia social: algoritmos en la gestión de la Seguridad Social y en el procedimiento sancionador», *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, n.º 2, 2021, pp. 22 y ss.; AIBAR BERNAD, J., «El Big Data y el análisis de datos aplicados por la Tesorería General de la Seguridad Social como medio de lucha contra el fraude en la Seguridad Social», *Trabajo y Derecho*, n.º extra 11, 2020 (smarteca).

25 Vid. REDONDO RINCÓN, M. G., «Las nuevas tecnologías en el control de la incapacidad temporal: la aplicación de la analítica predictiva», *Trabajo y Derecho*, n.º extra 11, 2020 (smarteca).

26 Vid. MERCADER UGUINA, J. R., «Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico», *Trabajo y Derecho*, n.º 63, 2020 (smarteca); VELA DÍAZ, R., «Digitalización y nuevos trámites automatizados: las decisiones algorítmicas impregnan la actuación de la Administración Laboral y de Seguridad Social», *Trabajo y Derecho*, n.º 83, 2021 (smarteca).

27 Vid. STS de 25-9-2020 (recurso 4746/2019).

28 Vid. ALOISI, A., y GRAMANO, E., «Artificial intelligence is watching you at work: Digital surveillance, employee monitoring, and regulatory issues in the EU context», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41 (1), 2019, pp. 95 y ss.; MERCADER UGUINA, J. R., «Algoritmos y trabajo», *Diario La Ley ciberderecho*, n.º 48, marzo 2021.

29 Vid. PRESNO LINERA, M. A., «Teoría general de los derechos fundamentales e inteligencia artificial: una aproximación», *Revista Jurídica de Asturias*, n.º 45, 2022.

30 Vid. MUÑOZ RUIZ, A. B., *¿Damos suficiente cabida a la emoción en el modelo laboral digital?*, disponible en <https://www.elforodelabos.es/damos-suficiente-cabida-a-la-emocion-en-el-modelo-laboral-digital/>.

de decisiones en aspectos clave como la contratación, la política de ascensos, la organización de la actividad o incluso la extinción de contratos, priorizando a unos trabajadores sobre otros en atención al análisis y procesamiento de información muy diversa. La gestión laboral algorítmica no atiende a la eventual ejecución del trabajo directamente por medios tecnológicos, o a la mayor o menor necesidad de mano de obra humana, sino a su utilización como herramienta de valoración del rendimiento y de ayuda al empresario en el proceso de toma de decisiones. El empleador se vería, en cierto modo, sustituido (o suplantado) por un algoritmo en facetas nucleares del poder de dirección.

El Derecho del Trabajo no puede permanecer impasible, al menos si aspira a cumplir su finalidad de proporcionar equilibrio entre las legítimas aspiraciones empresariales y los derechos de los trabajadores, y por ello se reclaman con insistencia avances en lo que se ha dado en llamar «gobernanza algorítmica», amén de la necesidad de elaborar reglas específicas de responsabilidad (*accountability*) para responder de los daños causados por estas tecnologías³¹. Incluso el Consejo de Europa ha puesto de manifiesto que el elenco de derechos fundamentales que pueden verse afectados por estos sistemas de inteligencia artificial es extenso (derecho a la intimidad³² o a las libertades religiosa, ideológica y de expresión, entre otros)³³.

Por supuesto, el análisis del impacto de los algoritmos sobre la relación de trabajo puede abordarse desde múltiples perspectivas, y en particular se ha prestado mucha atención a la potencial vulneración de derechos fundamentales, porque los eventuales sesgos del algoritmo conducen en ocasiones a la discriminación. Sin embargo, y aceptando que ese riesgo es real, tampoco ha de ignorarse que las cautelas impuestas a la utilización de algoritmos podrían abocar a un cambio de modelo en la participación de los trabajadores en la empresa y provocar una afectación notable al contenido del poder de dirección, dando lugar a una asimetría de derechos, facultades y obligaciones —con resultados inciertos— en función de si la empresa recurre o no a la gestión laboral algorítmica.

3. La transparencia como cautela principal frente a los algoritmos

El creciente temor a los procesos automatizados de toma de decisiones ha provocado que desde diversas instancias se requiera la presencia de una «persona al mando» de esta tecnología (*human-in-command*). Las razones son variadas, y principalmente se sustentan en la desconfianza hacia la inteligencia artificial³⁴. En general, se achaca al algoritmo la producción de resultados incompatibles con determinados valores o principios, pues la búsqueda de la eficiencia no siempre tiene en cuenta la proporcionalidad o la razonabilidad. Además, se insiste en

31 Vid. CASTRO ARGÜELLES, M. A., «El ejercicio de los poderes empresariales mediante algoritmos», *Revista Jurídica de Asturias*, n.º 45, 2022; RIVAS VALLEJO, P., *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 163 y ss.; SCHERTEL MENDES, L., y MATTIUZZO, M., «Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia», *Direito Público*, n.º 90, 2019, pp. 60 y ss.; MERINO SEGOVIA, A., «Tecnologías y tratamiento de datos en los procesos de selección y contratación laboral», *Trabajo y Derecho*, n.º 87, 2022 (smarteca); MERCADER UGUINA, J. R., «Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del big data», *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, n.º 2, 2021, pp. 4 y ss.; FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Trabajo, algoritmos y discriminación», en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., y TODOLÍ SIGNES, A., *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo digital*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 511 y ss.; CARDONA RUBERT, M. B., «Tratamiento de datos personales e inteligencia artificial en el marco de las relaciones laborales», *Documentación Laboral*, n.º 126, 2022, pp. 9 y ss.

32 Vid. BAZ TEJEDOR, J. A., «Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predictible», *Trabajo y Derecho*, n.º extra 11, 2020 (smarteca); FERNÁNDEZ, C. B., «Legalidad de los algoritmos», *Diario La Ley ciberderecho*, n.º 37, marzo 2020.

33 Vid. Recomendación CM/Rec.(2020)1 de 8 de abril de 2020, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre impacto en los derechos humanos de los sistemas algorítmicos, disponible en, https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016809e1154. También de mucho interés es la Recomendación CM/Rec.(2021)8, sobre protección de las personas en relación con el tratamiento automatizado de datos en el contexto de la elaboración de perfiles, disponible en https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?Objectid=0900001680a46147.

34 Vid. HENDRICKX, F., «Privacy 4.0 at work: regulating employment, technology, and automation», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 41 (2019), 1, pp. 166 y ss.

la opacidad, pues se conoce el resultado, pero a menudo no las razones que llevan a él³⁵. De ahí que en los últimos años se hayan intensificado los esfuerzos por incrementar la transparencia del algoritmo³⁶, reclamando el reconocimiento del «derecho a la transparencia algorítmica»³⁷, porque se ha advertido que la opacidad es buscada conscientemente para eludir la ley³⁸.

Como se sabe, el art. 22 del Reglamento (UE) 2016/679, de Protección de Datos, limita las decisiones totalmente automatizadas, y podría actuar como límite o barrera en algunos casos, si bien su aplicación plena o sin modulación a las relaciones de trabajo suscita dudas legítimas³⁹, amén de que el derecho a la protección de datos no alcanza a todas las facetas de la gestión laboral algorítmica. Con un carácter más general, la UE elaboró unas «Directrices éticas para una Inteligencia Artificial fiable», advirtiendo que la inteligencia artificial debe ser lícita, en el sentido de ajustarse a la legalidad; ha de respetar los principios y valores éticos; y debe ser robusta, con el fin de evitar daños, incluso accidentales⁴⁰. Esos principios se han incorporado al Acuerdo Marco de los interlocutores sociales europeos sobre digitalización de diciembre de 2020⁴¹.

El propósito, cada vez más claro, consiste en diseñar el marco jurídico en el que debe desenvolverse la gobernanza de los sistemas de inteligencia artificial⁴², como demuestra la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial)⁴³ —y que vino precedida de un Libro Blanco en la materia⁴⁴—, cuyo Anexo III incluye entre los sistemas de inteligencia artificial de «alto riesgo» los destinados a la gestión laboral, e introduce cautelas vinculadas con la vigilancia humana y la evaluación periódica para afrontar disfunciones y eliminar los riesgos. En el plano más específicamente laboral, la Propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales⁴⁵ incorpora reglas sobre «gestión algorítmica», con una apuesta decidida por la transparencia a través de un derecho de información, medidas de «supervisión humana de los sistemas automatizados» (art. 7) y una «revisión humana de decisiones importantes» (art. 8).

35 Vid. O'NEIL, C., *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*, Crown Publishers, Nueva York, 2016, pp. 42 y ss.

36 Vid. PASQUALE, F., *The black box society*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2015, pp. 19 y ss.; Terradillos Ormaechea, M. E., «Los poderes de dirección y de control de la empresa y el derecho a la protección de datos», *Documentación laboral*, n.º 126, 2022, pp. 69 y ss.

37 Cfr. ARELLANO TOLEDO, W., «El derecho a la transparencia algorítmica en Big Data e inteligencia artificial», *Revista General de Derecho Administrativo (iustel)*, n.º 50, 2019.

38 Vid. COTINO HUESO, L., «Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales», *Dilemata*, n.º 24, 2017, pp. 142 y ss.

39 Vid. ADAMS-PRASSL, J., «What if your boss was an algorithm? The rise of artificial intelligence at work», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, n.º 1, 2019, pp. 140 y ss.; SORIANO ARNANZ, A., «Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 3, 2021, pp. 107 y ss.; BERNAL SANTAMARÍA, F., «Big data: gestión de recursos humanos y el derecho de información de los representantes de los trabajadores», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, 2020, pp. 136 y ss.; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «La elaboración de perfiles y su impacto en los derechos fundamentales. Una primera aproximación a su regulación en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea», *Derechos y Libertades*, 38, 2018, pp. 107 y ss.; ASQUERINO LAMPARERO, M. J., «Algoritmos, procesos de selección y reputación digital: una mirada antidiscriminatoria», *Documentación laboral*, n.º 126, 2022, pp. 121 y ss.

40 Vid. GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, *Directrices éticas para una IA fiable*, Comisión Europea, 2019, disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>.

41 Vid. BAZ RODRÍGUEZ, J., «El Acuerdo Marco europeo sobre digitalización: un instrumento esencial para el desarrollo de los derechos digitales laborales en Europa», en BAZ RODRÍGUEZ, J., (Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, Wolters Kluwer, Valencia, 2021, pp. 437 y ss.

42 Vid. SHACKELFORD, S. J., y DOCKERY, R., «Governing AI», *Cornell Journal of Law and Policy*, Vol. 30, n.º 2, 2020, pp. 280 y ss.

43 COM/2021/206 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

44 *Libro blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo para la excelencia y la confianza*, COM (2020), disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf.

45 COM(2021) 762 final, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0762&from=EN>.

En el ámbito interno, la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, introdujo una nueva letra d) en el art. 64.4 ET, atribuyendo al comité de empresa (y a los delegados de personal por la vía del art. 62.2 ET), «con la periodicidad que proceda en cada caso», el derecho a «ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles». Es una previsión que se ubica en un precepto de alcance general, y no se limita al trabajo en plataformas⁴⁶.

El contenido concreto de ese deber de información no es del todo claro, pues podría alcanzar incluso al código del algoritmo, o podría limitarse a la lógica de funcionamiento, o incluso a aspectos mucho más funcionales y no tan ligados a la informática, pero en último término, y para ser eficaz, la información debería permitir a los representantes conocer cuáles son los aspectos que la empresa, a través del algoritmo, toma en consideración para adoptar una determinada decisión⁴⁷. Por consiguiente, el empleador que se decante por modos de gestión laboral más sofisticados estará sometido a obligaciones de información, y quizá de verdadera negociación, de las que en apariencia se verá exento quien apueste por procedimientos más clásicos o tradicionales. La gestión algorítmica del trabajo podría abocar, así pues, a un cambio sustancial de los procedimientos de participación de los trabajadores en la empresa, llegando incluso a fórmulas de gobernanza colectiva cercanas a la cogestión.

4. Titularidad de derechos y obligaciones e imputación de responsabilidades en la gestión laboral algorítmica

Los grandes avances tecnológicos en poco espacio de tiempo parecen haber provocado cierta fascinación, e incrementado la percepción del riesgo. Por lo pronto, en el contexto de la gestión laboral cabe afirmar que los sistemas automatizados de toma de decisiones no tienen cabida, o, más claramente, que el Derecho no admite que una máquina o programa tome una decisión con efectos jurídicos. Por supuesto, la empresa puede utilizar algoritmos o sistemas de inteligencia artificial, es una posibilidad lícita; pero desde una óptica jurídico-laboral, e incluso del Derecho en general, una decisión con efectos jurídicos no puede ser adoptada por un sistema de inteligencia artificial. Simplemente no es admisible, pues el algoritmo o la inteligencia artificial carecen de personalidad jurídica y no son sujetos de derechos ni obligaciones.

En efecto, la utilización de herramientas más o menos sofisticadas no supone una traslación de personalidad jurídica desde la empresa al algoritmo en tanto las normas no lo contemplan así. La empresa no puede esconderse detrás del algoritmo y, es más, su responsabilidad no nace exclusivamente cuando el empleador es consciente de que el algoritmo ofrece resultados no admitidos por el Derecho y evita poner en marcha medidas correctoras. La empresa no es un mero pasajero o acompañante del sistema de inteligencia artificial, por más que no pueda controlar ni predecir el resultado, ni el algoritmo puede considerarse como un elemento ajeno o externo del que se pueda desentender, sino que es un instrumento que sirve para conformar la voluntad empresarial, una herramienta, en definitiva, que se incardina entre los medios de los que el empleador puede valerse en el marco de su poder de dirección y organización.

El Derecho del Trabajo no puede validar «decisiones automatizadas», tomadas directamente por una máquina. No cabe dotar de efectos jurídicos a esas decisiones, que estrictamente no son decisiones, porque una auténtica decisión empresarial debe materializarse en un acto de la empresa. Desde una perspectiva jurídica, la expresión «decisión automatizada» constituye una imprecisión técnica —o una simplificación— que alude a un proceso de toma de decisiones en el que el empleador renuncia a discutir, valorar o modular la conclusión que alcanza el algoritmo, y acata el resultado y lo formaliza a través del cauce oportuno. Pero no es el algoritmo el que toma la decisión de no contratar o no despedir (o cualesquiera otras), sino la propia empresa, aunque haga suyos el contenido y la explicación —mayor o menor— que proporciona el algoritmo.

46 Vid. TODOLÍ SIGNES, A., «Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos», *Iuslabor*, n.º 2, 2021, pp. 43 y ss.

47 Vid. GÓMEZ GORDILLO, R., «Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras», *Temas laborales*, n.º 158, 2021, pp. 178 y ss.

Por consiguiente, la responsabilidad jurídica de la decisión de gestión laboral siempre recae en la empresa, y, bien mirado, la valoración sobre el fondo de la decisión puede prescindir del uso o no de un algoritmo. Si no es admisible que un empleador base su decisión en la probabilidad futura de un acontecimiento incierto que afecta a un trabajador (*v.gr.*, embarazo o enfermedad), el hecho de que ese resultado derive de la valoración efectuada por un ser humano (de su instinto o experiencia) o del procesamiento de información realizado por un algoritmo no es decisivo para la calificación. Cuando el empleador acepta acríticamente la valoración de un sistema de inteligencia artificial será responsable del resultado, del mismo modo que lo sería si se limita a aceptar la de un directivo, la del personal de recursos humanos o la de una empresa de selección o en la que se haya externalizado cualquier servicio. Todos ellos forman parte de un engranaje en el que la responsabilidad última corresponde al empleador. Es más, aun aceptando que el algoritmo pudiera tomar directamente la decisión, la empresa seguiría siendo plenamente responsable, como sucedería si la decisión fuera adoptada por un alto directivo sin conocimiento y/o ratificación del empresario o del órgano de administración.

El hecho de que el sistema de inteligencia artificial proporcione —o no— información sobre los motivos de la decisión concreta es relevante para la calificación jurídica, porque no será suficiente, por ejemplo, aducir en la carta de despido que esa es la conclusión del algoritmo, sin mayor precisión, como tampoco lo sería indicar que esa es la voluntad de un determinado directivo u órgano de la empresa. En verdad, la información que proporciona el algoritmo puede suponer una ventaja a efectos procesales, pues facilita la prueba de las razones que han conducido al resultado, prueba más difícil de obtener cuando debe inferirse de la conducta de un ser humano. Es posible diseñar el algoritmo de forma que ofrezca una explicación, pero no siempre es factible obtener las razones reales de una decisión humana.

De algún modo, se considera que el sistema de inteligencia artificial, por carecer de sensibilidad y emociones, será más proclive a decisiones discriminatorias, y de ahí el énfasis en la supervisión humana. Pero el hecho de que la gestión laboral descansa en algoritmos o en personas no ha de cambiar necesariamente los parámetros de valoración jurídica, ni evitar que el empleador deba afrontar las pertinentes consecuencias por la vulneración de derechos del trabajador. La gestión laboral algorítmica no escapa, así pues, al Derecho del Trabajo, ni permite al empleador eludir sus responsabilidades.

5. Transparencia de la gestión laboral algorítmica vs. opacidad de la gestión laboral humana

Tradicionalmente, el Derecho del Trabajo no ha exigido del empleador total transparencia respecto de los criterios que motivan las decisiones de gestión laboral, sino únicamente que tales decisiones se acomoden a las exigencias legales. La transparencia se requiere cuando la licitud se condiciona a la concurrencia de un motivo determinado (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, incumplimiento del trabajador, etc.), pero es una motivación que acompaña a la decisión que en su caso se adopta, de modo que la transparencia, cuando se exige, es una transparencia casuística, apegada a la decisión, y no una transparencia general y anticipada, o preventiva, a modo de código de conducta o buenas prácticas.

De este modo, el empleador nunca ha necesitado informar sobre los parámetros, reglas o instrucciones que motivarán un eventual y futuro desistimiento durante el período de prueba, aunque parece que deberá hacerlo si recurre a la gestión algorítmica. La misma conclusión cabría obtener en relación con los procesos de selección, que, como es sabido, concluyen a menudo sin proporcionar información alguna a los candidatos, ni cuando el currículum simplemente es descartado en una primera fase, ni cuando tiene lugar una entrevista, que puede concluir con expresiones genéricas y poco comprometedoras (*v.gr.*, «ya le llamaremos»). Esa transparencia, hacia el candidato o hacia la representación de los trabajadores, no existe en la práctica, ni es claro que resulte plenamente exigible jurídicamente.

En cambio, del art. 64.4.d) ET, del art. 22 del RGDP, y en un futuro de las normas europeas sobre inteligencia artificial y trabajo en plataformas, se deriva que esa transparencia será imprescindible, y el empleador deberá informar a los trabajadores y/o a sus representantes sobre los parámetros, reglas o instrucciones que sustentan las decisiones basadas en el uso de

algoritmos o sistemas de inteligencia artificial. Una política empresarial previa clara es deseable, pero el ordenamiento español no exige al empleador que sus decisiones estén basadas escrupulosamente en la razonabilidad o en la eficacia. Es más, el empleador privado puede adoptar decisiones discrecionales, e incluso con cierto componente de arbitrariedad, siempre que no vulneren la ley. La legislación laboral no prohíbe a un empleador tomar una decisión basada en el mero azar (lanzando una moneda al aire, por ejemplo), ni priorizar a un trabajador o a otro por motivos de mera afinidad personal, y son criterios que el empleador no siempre está obligado a explicitar, ni con carácter general, ni en el marco de una decisión concreta.

Sin embargo, la gestión algorítmica va a provocar un cambio de paradigma, máxime si los trabajadores deben participar en el diseño del algoritmo con el fin de prevenir resultados no deseados. Es un propósito loable, pero habría que explicar por qué se renuncia a introducir fórmulas similares cuando la decisión corresponde a una persona. Si la participación de los trabajadores en el proceso de configuración de los criterios que llevan a la toma de decisiones —no sólo como receptores de información, sino como sujetos activos— se entiende positiva y permite prevenir la discriminación, habría que incorporar similares cautelas en la gestión laboral algorítmica y en la humana. Y lo mismo sucede con los trámites conectados a la adopción de decisiones concretas, pues la intervención humana en el control de las «decisiones automatizadas» derivará en la práctica en trámites de audiencia previos a la adopción formal de decisiones cuando se utilicen algoritmos o sistemas de inteligencia artificial. Sin embargo, esos procesos internos de revisión de decisiones algorítmicas no alcanzarán a las decisiones adoptadas por personas físicas.

En verdad, no se alcanza a comprender por qué esa exigencia de transparencia empresarial y esa mayor participación de los trabajadores se constriñen a los escenarios de gestión algorítmica. La gestión laboral totalmente humana puede desarrollarse en la práctica con un notable grado de opacidad y sin mayores explicaciones a los trabajadores y sus representantes. En cambio, la gestión algorítmica se concibe como una amenaza que debe estar sujeta a férreos controles. No es cuestión de permitir una gestión laboral algorítmica sin control alguno, sino de tener presente que, por un lado, el poder de dirección y organización del empresario no desaparece ni se ve suplantado por un sistema de inteligencia artificial, y, por otro, que los límites a esos poderes empresariales, y las responsabilidades que derivarían de un uso desviado, pueden, y seguramente deben, ser configurados sobre las mismas premisas con independencia de que se opte por procedimientos más sofisticados o más rudimentarios, para evitar que se generen espacios de impunidad en contextos más tradicionales por la sobreacción que provocan los nuevos fenómenos. La discriminación es siempre antijurídica y debe ser erradicada, con independencia de que su origen se encuentre en una decisión adoptada por medios humanos o por medios automatizados. Y, en la generalidad de los casos, la calificación jurídica de la decisión empresarial ni siquiera requeriría conocer si se ha utilizado un sistema de inteligencia artificial.

Piénsese, por ejemplo, en la emblemática STJUE Meister⁴⁸, en la que una trabajadora de origen ruso, y de más de 45 años, se interesó en varias ocasiones por una oferta de empleo en Alemania (donde residía) para la que estaba sobradamente cualificada, amén de contar con amplia experiencia, pero nunca recibió contestación ni fue convocada a entrevista alguna. El TJUE reconoce el derecho a recibir información para averiguar si la empresa contrató a otra persona y, en tal caso, conocer los méritos del candidato elegido, para poder sustentar una demanda por discriminación. En apariencia, la trabajadora fue excluida del proceso de selección, y el panorama discriminatorio podría llegar a construirse tomando como base circunstancias diversas (sexo, nacionalidad y/o edad), sin que resulte relevante para la calificación final si esa exclusión fue realizada por una persona física o por un algoritmo, aspecto que la sentencia ni siquiera se plantea, ni a efectos de discriminación, ni a efectos del derecho a la información, porque no impide apreciar la discriminación ni imputar responsabilidades.

En último término, la intervención humana para corregir eventuales disfunciones del algoritmo podría conducir a resultados no deseados, pues la respuesta del sistema de inteligencia artificial, aun siendo adecuada desde una perspectiva netamente profesional (basada en mérito y capacidad) y no discriminatoria, quizá no resulte del agrado del empleador, que en ocasiones

48 De 19-4-2012, asunto C-415/10.

prefiere adoptar una decisión de corte más discrecional, o incluso arbitraria. La intervención humana, en definitiva, no es de por sí neutra ni tampoco siempre más fundada o preferible a la respuesta automatizada, máxime cuando la discriminación es una creación humana. Es más, en alguna ocasión la representación de los trabajadores ha sustentado su alegación de discriminación en el hecho de que la selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo se había realizado ignorando el algoritmo y priorizando la decisión humana, con el fin de perjudicar a afiliados sindicales⁴⁹.

La gestión laboral humana, no conviene olvidarlo, proporciona ejemplos muy poco edificantes. Uno de los más significados en medios de comunicación españoles aconteció al descubrirse currículums de aspirantes a un empleo en bolsas de basura, currículums que contenían comentarios despectivos de los encargados de realizar el proceso de selección⁵⁰. Sin perjuicio de la pertinente sanción administrativa que fue impuesta por vulneración del derecho a la protección de datos⁵¹, este tipo de prácticas refleja que el notable esfuerzo por prevenir desde el origen la discriminación algorítmica no viene acompañado de una preocupación de la misma intensidad por prevenir la discriminación en la gestión laboral humana. Si es imprescindible que el empleador informe sobre la lógica de funcionamiento del algoritmo en la toma de decisiones que afecten al personal, no hay razón por la que esa misma transparencia no deba requerirse cuando la decisión se adopta por cauces humanos.

En cierta forma, parece que se ha renunciado a desentrañar la lógica que mueve las decisiones del ser humano, que por otra parte no siempre ofrecerá respuestas totalmente veraces sobre sus intenciones, mientras que se entiende que es más sencillo controlar el algoritmo desde su origen interviniendo en su programación. Sin embargo, a medida en que la inteligencia artificial se va sofisticando, y replicando patrones de funcionamiento del cerebro humano, la eficacia de las medidas de prevención disminuirá y será más necesario poner el acento en las medidas de control *a posteriori*, pues es probable que las discriminaciones generadas por el algoritmo resulten más sutiles o menos gruesas que las provocadas por el ser humano.

En este sentido, y en el ámbito de procesos de selección gestionados por personas, resulta cada vez más habitual prescindir de la fotografía en el currículum, para evitar prejuicios, y la apariencia estética del candidato (*v.gr.*, *piercings*, tatuajes, indumentaria en general) puede también influir, aunque esas circunstancias carezcan de importancia en la concreta prestación laboral demandada. Un sistema de inteligencia artificial podría llegar a tomar en consideración tales circunstancias —procesando datos captados por reconocimiento facial—, y excluir a determinadas personas reproduciendo esos patrones humanos —el riesgo de discriminación no sería mayor que en la gestión laboral humana—, pero es probable que esos sistemas se centren en factores y variables que conecten con el rendimiento —presente o futuro— del trabajador y con los resultados esperados para la empresa. Se trata de criterios vinculados a la eficiencia económica que, aplicados sin las debidas cautelas, pueden conducir a la discriminación.

Ese no es, en absoluto, un contexto desconocido en la gestión laboral humana. La adopción de decisiones por razones estrictas de productividad o de eficiencia económica no ha excluido la aplicación de la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo cuando se perjudicaba a la mujer al no tener en cuenta ausencias o circunstancias vinculadas con el embarazo o la conciliación, ni tampoco por razón de discapacidad cuando las ausencias conectaban con determinadas dolencias. El hecho de que una determinada opción sea la más eficiente para la empresa no permite eludir la discriminación, porque la optimización de los recursos empresariales no valida cualesquiera decisiones. Y, como se ha insistido, no es jurídicamente relevante ni para la calificación jurídica ni para la imputación de responsabilidades que esa valoración de la eficiencia sea efectuada por un ser humano o por un algoritmo.

El sistema de inteligencia artificial es, así pues, una herramienta y, aun cuando su lógica de funcionamiento no sea completamente conocida, sus resultados no escapan a la aplicación de las normas laborales. La vulneración de los derechos del trabajador, y en particular de los derechos fundamentales, hace ya tiempo que no exige una voluntad consciente y deliberada

49 *Vid.* STS de 25-9-2018 (recurso 43/2018).

50 https://elpais.com/elpais/2002/07/04/actualidad/1025770622_850215.html.

51 http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/procedimientos_sancionadores/ps_2003/common/pdfs/PS-00099-2002_Resolucion-de-fecha-24-01-2003.pdf.

del empresario, sino que es suficiente la producción del resultado lesivo. Un ejemplo evidente es la nulidad del despido de la trabajadora embarazada aun cuando el empleador desconozca su estado⁵²; que la decisión sea adoptada por un ser humano o derive de la aplicación de un algoritmo no es relevante para declarar la nulidad.

Por consiguiente, y ante la creciente dificultad técnica para prevenir la discriminación —o toda discriminación— en el diseño, los esfuerzos no deberían dirigirse en exclusiva hacia la transparencia, que debido al avance de la técnica resultará cada vez más ardua de conseguir, salvo que el propósito consista en establecer cauces de negociación para determinar criterios o parámetros objetivos que el sistema de inteligencia artificial deberá tener en cuenta, pero ello aboca a un tipo de relación entre empresario y trabajadores distinto, en términos de participación, y a una diferencia notable —y sin una justificación clara— con los procedimientos de toma de decisiones en empresas que no utilicen sistemas de inteligencia artificial, donde los representantes no disfrutarían de esas vías de participación en tanto no se habiliten legalmente.

6. Impacto de las obligaciones de transparencia sobre el contenido y alcance del poder de dirección: ¿hacia un nuevo modelo de participación de los trabajadores?

Las obligaciones de transparencia aparejadas a la gestión laboral algorítmica, que se concretan en la información *a priori* sobre la lógica de funcionamiento del algoritmo y en el control humano de los resultados, plantean dudas sobre el modelo de relaciones laborales y el contenido del poder de dirección. Como ya se dijo, el derecho de información sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basa el algoritmo afecta al núcleo duro del poder de dirección, y más si se convierte en auténtica negociación. Por su parte, el control humano *a posteriori* podría provocar un impacto quizá mayor, aunque resulta imprescindible dilucidar, en primer término, si una decisión de gestión laboral basada en un sistema automatizado sin control humano es lícita.

Cabría sustentar la respuesta negativa en el art. 22 RGPD, pero no es claro, a tenor de su apartado 2.a), que ese precepto pueda aplicarse sin modulación a la relación laboral, amén de que la intervención humana parece exigible sólo previa solicitud del interesado⁵³ y podría consistir en una explicación de la decisión, y no en una revisión de la misma. Las propuestas de gobernanza algorítmica insisten sobre todo en la evaluación de riesgos o resultados, evaluación que consiste en un análisis de decisiones ya tomadas para valorar la lógica de funcionamiento del algoritmo, detectar disfunciones e implementar mejoras, pero no siempre requieren la revisión de decisiones individuales. Es decir, se trataría de una «evaluación de impacto» en el sentido del art. 35 del RGPD, pero no limitada al tratamiento de datos personales, sino que se extendería a los efectos sobre los derechos de los trabajadores⁵⁴.

Obviamente, la revisión humana de las decisiones algorítmicas implicaría una limitación de las facultades del empleador en orden a la organización del proceso de toma de decisiones, toda vez que las empresas con un sistema de gestión laboral humana no se ven compelidas a establecer mecanismos similares de explicación, ratificación o verificación, ni siquiera cuando el empleador y los trabajadores desconocen los criterios concretos utilizados para la toma de la decisión. Piénsese en un proceso de selección externalizado en el que el empresario acepte al candidato elegido por la empresa de selección. Los riesgos para la vulneración de derechos no parecen menores que los derivados del uso de algoritmos (directamente por la empresa empleadora o por la de selección).

Más allá de esas diferencias, la eventual implementación de un cauce adicional de revisión de la decisión algorítmica obligará a definir cómo se articula esa fórmula. Esa revisión podría ser efectuada por la persona designada por la empresa, y la norma requerirá, a buen seguro,

52 Vid. STC 92/2008 y STS de 28-11-2017 (recurso 3657/2015).

53 Vid. AEPD, *La protección de datos en las relaciones laborales, 2021*, p. 24, disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>.

54 Vid. EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, J. A., «Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales», *Estudios de Deusto*, n.º 2, 2020, pp. 356 y ss.

una valoración sustantiva, y no la mera aceptación acrítica del resultado ofrecido por el algoritmo. No obstante, ese modelo no resolvería ciertos problemas de fondo, pues los recelos a la gestión algorítmica no vienen motivados únicamente por el recurso a esa herramienta, sino que se asientan en la sospecha de ocultación de sesgos discriminatorios en la programación del algoritmo. Si ello es así, y la desconfianza no se predica tanto de la herramienta como del propio empleador, el control del algoritmo exclusivamente por parte del empresario no parece una opción satisfactoria.

De ahí que, para garantizar la objetividad e imparcialidad del sistema, el control de esas decisiones se asignará previsiblemente a algún órgano mixto, quizá una comisión paritaria compuesta por representantes de los trabajadores y del empresario, lo que contribuirá a disminuir las resistencias a la utilización de sistemas de inteligencia artificial, y parece una buena forma de proceder para reducir la conflictividad. Sin embargo, este filtro previo supone, desde una perspectiva jurídica, condicionar la decisión empresarial a una valoración (o conformidad) de los trabajadores. Sería un derecho que, dependiendo de su configuración, excedería de la consulta, pues si la decisión basada en un algoritmo requiere de la validación de esa comisión paritaria el poder de dirección del empresario no podría ejercerse en plenitud, y de hecho se vería muy mediatizado sin la aquiescencia de los trabajadores. Se introducirían de ese modo por vía indirecta fórmulas de participación de los trabajadores en la empresa, pero vinculadas únicamente a la gestión laboral a través de algoritmos y sin parangón en empresas que opten por la gestión laboral humana. Ello generaría un impacto muy notable en el contenido del poder de organización y dirección que difícilmente se puede explicar por el riesgo de vulneración de derechos fundamentales asociada a la gestión laboral algorítmica. Por consiguiente, del modelo adoptado para la gobernanza algorítmica en la empresa emergería un nuevo sistema de gobernanza de la propia empresa (y adicionalmente provocaría el desarrollo de mecanismos internos de conciliación y/o mediación)⁵⁵. Por supuesto, si la mayor participación de los trabajadores es una posible —y probable— consecuencia de la gobernanza algorítmica, y quizás incluso un objetivo, deben introducirse reglas legales a tal efecto, pues sin un marco jurídico adecuado el riesgo de resultados inesperados y poco deseados es elevado.

7. A modo de conclusión: la eficacia de las herramientas tradicionales para combatir la discriminación algorítmica

Las propuestas de transparencia en las decisiones adoptadas a partir de sistemas de inteligencia artificial se traducen en mayores y mejores explicaciones a los trabajadores sobre las razones que motivan al empresario, pero pueden conducir a un nuevo modelo de gobernanza en la empresa en relación con el uso de nuevas tecnologías. Sin perjuicio de la mejora cualitativa en la protección de los derechos de los trabajadores que ello puede suponer, cabe cuestionarse si es razonable que esas medidas no vengán acompañadas de otras similares en aquellos ámbitos no tan tecnificados, en los que el empleador cuenta con mayor libertad de acción e incluso sus obligaciones de información y transparencia son más etéreas. Por supuesto, no cabe negar el impacto que los algoritmos están provocando en el ámbito de las relaciones laborales, impacto que se incrementará sustancialmente a corto y medio plazo. Ni tampoco cabe minimizar la bondad de las medidas que traten de anticipar y prevenir resultados antijurídicos. Ese es un propósito loable, pero sin una adecuada reflexión sobre el modelo que conviene adoptar, no resultaría sorprendente que tuviera lugar, por esta vía indirecta, una alteración sustancial del contenido y alcance del poder de dirección en función de la mayor o menor sofisticación que el empresario decida introducir en la gestión laboral.

Las propuestas de implementación de sistemas de gobernanza algorítmica con mayor implicación de los trabajadores pretenden conseguir transparencia empresarial y dotar a los trabajadores de más facultades de control tanto *a priori* como *a posteriori*, configurando un sistema de «cogestión algorítmica» que no tiene parangón cuando el empleador toma sus decisiones sin utilizar esa tecnología⁵⁶. De algún modo, se parte de la premisa de que los sistemas de gestión

55 Vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., «Automatización y empleo: la “Paradoja de Polanyi” revisitada», *Revista crítica de Relaciones de Trabajo*, 1, 2021, pp. 86-87.

56 Vid. TODOLÍ SIGNES, A., «La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data,

laboral algorítmica, por su opacidad, escapan a los remedios tradicionales que proporciona el ordenamiento, y que por ello es necesario instaurar mejores armas jurídicas para combatir estos riesgos.

Sin embargo, cada decisión que tome el empleador puede ser impugnada por el trabajador conforme a las vías oportunas, y en último término la jurisdiccional, y esa decisión únicamente será lícita si viene amparada por una razón admitida en Derecho. Si el sistema de inteligencia artificial no proporciona explicación alguna, o la que ofrece no es satisfactoria, el empleador habrá de afrontar las consecuencias pertinentes. Ahora bien, estas exigencias de transparencia suscitan otras incertidumbres.

Por ejemplo, podría llegar a defenderse la nulidad de un despido en el que concurra la causa y se respeten los requisitos de forma impuestos por el ET, pero no se haya procedido a un trámite de audiencia o explicativo previo, en apariencia necesario —invocando el art. 22 RGPD— si la constatación de la causa ha tenido lugar gracias a un algoritmo. No obstante, resultaría un tanto incoherente que un despido sin causa decidido por un ser humano fuera calificado como improcedente, pero un despido basado en una causa real y probada fuera nulo porque las razones —lícitas y admisibles— han sido proporcionadas por un algoritmo y la empresa no ha concedido un trámite de audiencia previo a la toma de la decisión, trámite que no parece cumplir la misma función que el previsto en los despidos de representantes de los trabajadores.

En verdad, la atención tan intensa a la discriminación laboral algorítmica contrasta con cierta indiferencia hacia la discriminación laboral causada por vías estrictamente humanas, que sigue resultando abrumadoramente mayoritaria y sobre la que no se están proponiendo cautelas similares. La preocupación por la transparencia en la gestión laboral algorítmica parece sustentarse en cierto temor a que la vulneración de derechos, y en particular la discriminación, no pueda ser detectada ni combatida debido a la opacidad de los algoritmos. Es un temor en gran medida infundado, o cuando menos magnificado, porque la empresa asumirá una responsabilidad objetiva por sus decisiones, aun cuando no tuviera intención de vulnerar los derechos de los trabajadores, lo que no es obstáculo para imputar las responsabilidades pertinentes —civiles, o incluso penales— a otros sujetos, en particular a los que hayan participado en el diseño del algoritmo dañoso. No es, en absoluto, una situación desconocida en el contexto laboral, porque el art. 41 de la LPRL, relativo a las «obligaciones de los fabricantes, importadores y suministradores», ya alcanza a los algoritmos y sistemas de inteligencia artificial, que deben quedar comprendidos en las referencias a «maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo», y que no deben constituir «una fuente de peligro para el trabajador».

Debe tenerse presente, asimismo, que las técnicas jurídicas que proporciona el actual derecho antidiscriminatorio han alcanzado un notable grado de perfeccionamiento, y se encuentran en constante evolución, de modo que no se aprecia verdadera dificultad en su aplicación a las decisiones empresariales basadas en algoritmos. La opacidad del algoritmo podría dificultar la detección de la discriminación, pero las decisiones humanas son igual de opacas, y en ocasiones los motivos se esconden conscientemente, de ahí que el Derecho haya elaborado fórmulas sumamente eficaces, como la inversión de la carga de la prueba ante la presentación de un panorama indiciario o la pertinencia de la prueba estadística, amén de no admitir la discriminación indirecta. Esas herramientas resultan plenamente operativas en la gestión algorítmica del trabajo⁵⁷, de modo que la falta de transparencia en el funcionamiento de la inteligencia artificial no da lugar a un mayor espacio para la impunidad.

En definitiva, si un sistema de inteligencia artificial provoca discriminación es, a buen seguro, porque reproduce patrones o conductas propias de los seres humanos, de modo que ni siquiera la supervisión humana garantiza la erradicación de la discriminación, que puede ser igual o

creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos», *Revista de Derecho Social*, n.º 84, 2018, pp. 45 y ss.; ÁLVAREZ CUESTA, H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 88 y ss.

57 Extensamente, *vid.* GAUDIO, G., «Algorithmic bosses can't lie! How to foster transparency and limit abuses of the new algorithmic managers», de próxima publicación en *Comparative Labor Law & Policy Journal*, disponible en https://www.researchgate.net/publication/354948197_ALGORITHMIC_BOSES_CAN%27T_LIE_HOW_TO_FOSTER_TRANSPARENCY_AND_LIMIT_ABUSES_OF_THE_NEW_ALGORITHMIC_MANAGERS. También, SÁENZ LARA, C., «El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación», *Temas laborales*, n.º 155, 2020, pp. 41 y ss.

más intensa en la gestión laboral humana que en la algorítmica. El algoritmo no es más que una herramienta y el hecho de que la decisión se tome por medios automatizados no permite a la empresa eludir su responsabilidad. Una aplicación automática y sin matices de normas que sólo atienden a criterios cuantitativos o técnicos puede provocar discriminación si la razón que impide alcanzar los objetivos o ajustarse a los parámetros está protegida por ese derecho fundamental. Y el hecho de que la decisión se tome por vías más o menos sofisticadas no cambia la conclusión. Quizá la intervención humana permita prevenir determinados litigios, pero, como cabe deducir del despido objetivo por absentismo, y su potencialidad discriminatoria⁵⁸, no es infrecuente en el ámbito de la empresa proceder a una aplicación mecánica y literal de las normas, por lo que en la mayoría de ocasiones el resultado no cambiará con independencia de que la decisión se adopte por un ser humano o por un sistema de inteligencia artificial, sea de forma autónoma, sea tras la validación de una persona. La pretensión de dotar de más medios a la lucha contra la discriminación es loable, pero esos medios deberían alcanzar a la gestión laboral en su conjunto, sea algorítmica o humana.

58 Vid. STJUE Ruiz Conejero (de 18-1-2018, asunto C 270/16).

X.

NOVEDADES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA: EL RD 629/2022, DE 26 DE JULIO Y EL ACCESO AL EMPLEO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS

Ángeles Ceinos Suárez

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

1. Aspectos clave de la reforma desde una perspectiva laboral

La reforma en materia de extranjería que se ha llevado a cabo a través del RD 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento, que desarrolla la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (REX, en adelante), se aprueba por diferentes razones si bien destacan en esta ocasión las que tienen que ver con los desajustes de nuestro mercado de trabajo, en particular los relacionados con la falta de mano de obra en varios sectores de actividad, difícil situación que ya no se limita al sector agrario o al de cuidados, como ocurrió por otras razones vinculadas a la situación sanitaria durante los años 2020 y 2021¹.

Esta afirmación no se apoya en una intuición. Se trata de un objetivo declarado que se recoge en la exposición de motivos del REX entre las razones que justifican una nueva reforma en la

1 En los dos últimos años hemos podido comprobar como la situación epidemiológica que ocasionó la crisis sanitaria impuso la necesidad de adoptar medidas que alteraron las condiciones sociales, económicas y productivas, pues además de una intensa reducción de actividad se produjo una disminución acusada de mano de obra en determinados sectores, entre los que hay que mencionar el agrario. La preocupación desde los sectores agrícolas en aquel momento era la imposibilidad de atender de manera correcta la demanda de trabajadores agrarios, situación que requería tomar decisiones con rapidez, pues gran parte de las necesidades de mano de obra se localizaban en torno a los cultivos estacionales de temporada. Para responder a dicha situación se aprobó el Real Decreto-Ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptaron con carácter de urgencia ciertas medidas en materia de empleo agrario (las medidas de flexibilización que se previeron en esta norma tenían una vigencia limitada inicialmente hasta el 30 de junio del 2020, aunque fueron posteriormente prorrogadas hasta el 30 de septiembre), cuyo principal objetivo era favorecer la contratación temporal de trabajadores en el sector agrario. Para ello se autorizó la compatibilidad de la retribución percibida por la actividad laboral en dicho sector con diferentes subsidios o prestaciones de seguridad social y entre los diferentes colectivos de trabajadores que podían beneficiarse de esta medida se encontraban los trabajadores migrantes cuya autorización de trabajo hubiera caducado, inicialmente antes del 1 de julio del 2020 y, posteriormente, antes del 1 de octubre del 2020. Asimismo, pudieron acogerse a esta medida los extranjeros en situación regular de entre 18 y 21 años (o que hubieran cumplido 22 años mientras desarrollaban su actividad en el sector agrario al amparo del real Decreto Ley 13/2020), quienes a partir del 1 de julio del 2020 tenían un mes para solicitar una autorización de residencia y trabajo de nueva creación, regulada por la disposición adicional 2.º 1 del Real Decreto Ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptaron medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y seguridad social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. Dicha autorización tenía una vigencia de dos años, renovable por otros dos y tenía validez en todo el territorio nacional sin limitación alguna por ocupación o sector de actividad y sin aplicación de la situación nacional de empleo.

materia. Al margen de la importancia de una política migratoria eficaz, considerada un activo de gran relevancia a la hora de maximizar el impacto positivo y los efectos de la movilidad humana internacional en economías interdependientes, lo que se persigue con esta reforma es «hacer frente de forma ágil a los crecientes desajustes del mercado de trabajo español asociados a la escasez de mano de obra». Y la pregunta que cabe hacerse es cómo se pretende conseguir este objetivo, pues parece obvio que no debería tratar de lograrse únicamente a través de una política migratoria eficaz, pues se requiere en este punto una actuación coordinada en el marco de otras políticas, principalmente las que tienen que ver con la formación y el empleo, así como aquellas otras que coadyuvan a una mejora de las condiciones de trabajo.

Centrándonos específicamente en cuestiones migratorias hay que decir que la exposición de motivos del REX también es una crítica de algunos aspectos de la regulación existente. En concreto, se afirma en ella que el modelo migratorio español presenta una carencia clara de agilidad a la hora de dar respuesta a los retos del mercado laboral lo que conlleva importantes ineficiencias y da lugar a prácticas de economía informal que tienen elevados costes humanos, económicos, sociales y de gestión. Precisamente por estos motivos se proponen cambios para dar respuesta a estas ineficiencias, de ahí que la mayor parte del contenido de esta norma esté conectado con la inmigración laboral y sin perder de vista el contexto europeo, pues de un lado la Comisión Europea ha desarrollado el Pacto por las Capacidades, que requiere impulsar a escala europea una política migratoria regular orientada a reducir la carencia de determinadas capacidades; y de otro, los Estados Miembros en tanto que ostentan la facultad de decidir el número de nacionales de terceros países que admiten, están incorporando excepciones en su normativa para facilitar la entrada de trabajadores extranjeros y hacer frente a la necesidad de cobertura de determinados puestos de trabajo. Así pues, estamos, sin lugar a dudas, ante una reforma de la normativa de extranjería realizada en clave de «acceso al empleo», que repercutirá en el ámbito de lo laboral en tanto que el objetivo que se persigue es claro: facilitar la entrada en el país de aquellas personas dispuestas a dedicarse a ciertas actividades y a ocupar los puestos de trabajo para los que nuestro mercado de trabajo, ya sea por unas razones u otras, no dispone de mano de obra².

Sin perjuicio del análisis más detallado que llevaremos a cabo en los siguientes epígrafes merece la pena en este punto poner de manifiesto también cuáles son los aspectos de contenido laboral que se han abordado en esta reforma y que, podemos adelantar, conforman la mayor parte de dicha actuación. Como se sabe, la Ley Orgánica 4/2000 (LOEX, en adelante) condiciona el ejercicio de un importante elenco de derechos de los nacionales de terceros estados a su situación administrativa. En particular y en relación con el derecho al trabajo el art. 10 LOEX establece que «los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente». El precepto transcrito reconoce la posibilidad de trabajar ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia a quienes residan en el país, residencia que ha de ser regular. Así pues, una primera aproximación a la LOEX permitiría concluir que para poder trabajar es necesario contar con una autorización de trabajo, pero esta afirmación ha de ser matizada. En primer lugar, porque la LOEX prevé autorizaciones diferentes a las de trabajo que en determinadas circunstancias también autorizan a trabajar, pese a no ser esa su función principal; y en segundo lugar, porque la prestación de servicios al margen de la tenencia de cualquier tipo de autorización es una realidad que coloca a la persona que presta dichos servicios en una situación de irregularidad administrativa que tiene importantes consecuencias tanto para quien trabaja como para quien emplea y que va aparejada del reconocimiento de ciertos derechos para quien presta servicios.

Así pues, se puede deducir con facilidad que en materia de trabajo de extranjeros dos realidades conviven de manera paralela: la de quienes trabajan en el marco de la regularidad administrativa y la de quienes lo hacen al margen de ella. La reforma del REX incide sobre esas dos realidades, de modo que mientras que en el plano de la regularidad administrativa se adaptan las diferentes modalidades de autorizaciones a la reforma laboral llevada a cabo a finales del

2 Asimismo, es objetivo del REX adecuar los tipos de autorizaciones de trabajo al nuevo marco de contratación establecido por 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 del mercado de trabajo.

pasado año; en el de la irregularidad administrativa, como tendremos ocasión de comprobar con detalle, también se han introducido cambios de cierto calado respecto de algunas autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo que permitirán acceder a la regularización individual. Por último, como también tendremos ocasión de ver, se ha introducido en el ordenamiento jurídico una nueva modalidad de autorización de residencia temporal por razones de arraigo vinculada a la formación.

Al referirnos al trabajo de los extranjeros en España una de las nociones clave a tener en cuenta es la de situación nacional de empleo. La LOEX hace referencia a ella a lo largo de su articulado en diferentes ocasiones, todas ellas vinculadas a la obtención de autorizaciones de residencia y trabajo. En particular, el art. 38 LOEX condiciona la concesión de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena a la situación nacional de empleo. También se hace referencia a ello en el art. 38 ter LOEX en el que se regula la autorización de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados y en los preceptos que regulan la gestión colectiva de contrataciones en origen, tal y como se pone de manifiesto en el art. 39 LOEX. Por último, el art. 40 LOEX prevé una serie de supuestos específicos «de exención de la situación nacional de empleo» relacionados con determinadas situaciones o con la ocupación de ciertos puestos de trabajo o el desarrollo de ciertos tipos de actividad.

Precisamente, uno de los objetivos de la reforma vinculado directamente al mercado de trabajo es la modificación del procedimiento a seguir a la hora de concretar la situación nacional de empleo y respecto del cual desde 2005 se viene empleando el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura (CODC, en adelante) un instrumento diseñado para agilizar la gestión de los flujos de inmigración laboral, pero que, en cambio, no parece ajustarse a las necesidades del mercado de trabajo³. A este respecto se considera que en estos momentos el CODC no refleja de manera adecuada las necesidades de las empresas lo que obliga a acudir a procedimientos administrativos complejos, que, en última instancia, desincentivan la llegada de trabajadores por vías regulares, lo que a juicio de quienes han promovido la reforma del REX supone un «impulso hacia el florecimiento de la economía sumergida con el tránsito a la misma de personas que acceden al mercado laboral a través de figuras colaterales como la de solicitud de protección internacional». Se pretende, en consecuencia, acabar o, al menos, reducir la situación que se está produciendo en estos momentos al encontrarnos por una parte con necesidades de mano de obra que el mercado de trabajo no alcanza a cubrir y por otra con la existencia de personas en situación irregular que desean trabajar y que, como se indica en la exposición de motivos del REX «se ven obligadas a acudir a las denominadas autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales y, más en concreto, a los denominados arraigos laboral y social» para regularizar su situación administrativa y acceder al mercado de trabajo.

No debe perderse de vista que son tres los elementos que concurren en esta ecuación. En primer lugar, hay personas extranjeras en situación irregular, en segundo lugar hay puestos de trabajo vacantes y en tercer lugar hay un importante número de personas en situación legal de desempleo, lo que nos obliga a preguntarnos cuáles son las verdaderas razones de dicho desajuste que, como ya se ha dicho, no puede ser analizado únicamente desde un enfoque de política migratoria sino desde uno más amplio, cual es la política de empleo y las disfunciones del mercado de trabajo que están claramente conectadas también a las políticas educativa y de formación para el empleo.

Otra de las líneas de actuación en esta reforma ha sido ampliar la posibilidad de que los estudiantes extranjeros trabajen habilitados para ello con la autorización que les permite estudiar

3 El Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, condicionaba la concesión de autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de los trabajadores extranjeros no residentes en España, a que la situación nacional de empleo permitiera la contratación de dichos trabajadores, entendiéndose que dicha situación permitiría la contratación de trabajadores extranjeros no residentes en España cuando no existieran en el mercado de trabajo demandantes de empleo adecuados y disponibles para cubrir las necesidades de los empleadores (art. 50.a)). Dicho precepto con el fin de concretar la definición del término situación nacional de empleo, creó un instrumento para su determinación denominado catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, que a partir de ese momento se vino elaborando cada tres meses por parte del Servicio Público de Empleo Estatal, previa consulta con la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración. Este instrumento opera de tal forma que la calificación de una ocupación como de difícil cobertura al estar incluida en dicho Catálogo implica la posibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar dirigida al extranjero.

en el país. La Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*, se traspuso en España preservando la premisa de que la actividad primordial de un estudiante extranjero era la formativa. La reforma del REX a este respecto se traduce en emplear el margen de discrecionalidad que la mencionada Directiva ofrece e incrementar las posibilidades de compatibilizar trabajo y estudio. El art. 24 de la Directiva establece que «al margen del tiempo de estudio, y cumpliendo las normas y requisitos aplicables a la actividad correspondiente en el Estado miembro de que se trate, los estudiantes tendrán derecho a trabajar por cuenta ajena y podrán tener derecho a ejercer una actividad económica por cuenta propia con las limitaciones contempladas en el apartado tercero», según el cual «cada Estado miembro fijará el número máximo de horas semanales o de días o meses anuales que se permitan para dicha actividad, que no será inferior a quince horas semanales, o su equivalente en días o meses al año». Lo que prevé el nuevo Reglamento es que respetando dicha previsión los titulares de una autorización de estancia por estudios, formación, prácticas no laborales o servicios de voluntariado puedan desarrollar una actividad laboral al amparo de la autorización de estudios y siempre que no se superen las 30 horas semanales de trabajo (art. 42.2 REX).

En relación con el acceso a las autorizaciones que permitan desarrollar un trabajo por cuenta ajena hay que tener en cuenta que se han introducido ciertas modificaciones en la regulación de la autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral (art. 124.1 REX), así como en la autorización de residencia temporal por razones de arraigo social (art. 124. 2 REX) y por último también se ha incorporado al ordenamiento jurídico un nuevo tipo de autorización por arraigo, en este caso, para la formación (art. 124.4 REX). Autorizaciones que en la mayoría de los casos habilitan para trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia bajo ciertas condiciones y cuya obtención se consigue tras acreditar ciertos periodos de permanencia principalmente irregular y continuada en el país.

Finalmente, por lo que aquí interesa, también se han introducido modificaciones relativas al desarrollo de actividades por cuenta propia al considerarse necesaria una reforma en este punto porque «la normativa reglamentaria actual no facilita el emprendimiento por parte de personas extranjeras; especialmente con carácter inicial». La exigencia de una gran inversión como requisito previo para desarrollar actividades de emprendimiento dejaba de lado la figura del emprendedor individual que se limita a la inversión mínima de acuerdo con las características de su proyecto laboral y que tiene como objetivo el auto empleo.

2. El arraigo laboral como vía de acceso hacia la regularidad administrativa

Una de las vías de acceso a una situación regular está vinculada a lo que se conoce como arraigo laboral, que ha experimentado un cambio importante tras la reforma del REX. Antes de dicha reforma podían obtener una autorización por arraigo laboral los extranjeros que acreditasen la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, careciesen de antecedentes penales y demostrasen haber trabajado por cuenta ajena durante al menos seis meses. La acreditación de esa situación llevaba aparejada la presentación de una resolución judicial que reconociera la existencia de dicha relación o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de trabajo que la acreditase. Por tanto, se trataba de una situación de la que se predicaba la irregularidad tanto de la situación administrativa en el momento en el que se presentaba la solicitud como durante el desarrollo de la relación laboral que se hubiera entablado durante al menos 6 meses en un período de dos años. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en su sentencia de 25 de marzo de 2021 (n.º rec. 1602/2020) en un asunto relativo a la solicitud de una autorización por arraigo laboral había establecido como criterio a tener en cuenta que la existencia de la relación laboral y de su duración podía acreditarse a través de cualquier medio de prueba válido, no solo a través de los dos mencionados «incluido el certificado de vida laboral que acredite una relación laboral derivada de una anterior autorización de residencia que hubiera perdido vigencia». De esta sentencia se deduce con claridad que teniendo en cuenta la regulación vigente en aquel momento la vía de la regularización por

arraigo laboral quedaba expedita para quienes hubieran trabajado durante al menos seis meses con independencia de que lo hubieran hecho de manera regular o irregular, siendo diferentes, en consecuencia, los medios susceptibles de ser utilizados para probar su existencia. Lo importante es que la situación administrativa en el momento de la solicitud fuera irregular.

Así pues, la interpretación del TS flexibilizaba la posibilidad de emplear esta vía de regularización. Línea en la que no se sitúa la reforma del REX, que de manera incomprensible se apoya en esta jurisprudencia para introducir una nueva regulación que claramente no está en la línea de la sentencia o al menos no se puede justificar por su existencia. El nuevo art. 124.1 REX solo permite acceder al arraigo laboral a quienes demuestren haber prestado servicios durante al menos seis meses de manera regular, ya sea al amparo de «una situación legal de estancia o de residencia» y no solo eso sino que además se exige que dicha prestación presente ciertas características. En concreto, si nos referimos a trabajo por cuenta ajena ha de tratarse de una actividad, como mínimo de una jornada de 30 horas semanales en el periodo de seis meses o de 15 horas semanales en un período de doce meses; y si se trata de trabajo por cuenta propia, ha de ser una actividad continuada de, al menos, seis meses.

Destaca que haya quedado claro que el arraigo laboral ahora se puede emplear tanto si se ha trabajado por cuenta ajena como si se ha hecho por cuenta propia. Ahora bien, se ha producido un salto cualitativamente importante desde aquella sentencia del TS que había ampliado la posibilidad de solicitar la autorización por arraigo laboral a quienes estando en una situación irregular en el momento de la solicitud de la autorización hubieran trabajado de manera regular o irregular, hasta esta nueva regulación según la cual solo cabe acudir al arraigo laboral si se demuestra el desarrollo de una actividad con ciertas características y en todo caso de manera regular. De tal manera que aquellos que hayan prestado servicios de manera irregular y esa también sea su situación administrativa tienen que emplear otra vía diferente para regularizar su situación, la que ofrece el art. 127.2 REX al que se le ha añadido un nuevo párrafo precisamente para incluir un supuesto que se acerca bastante a lo que antes de la reforma del REX se incluía en el art. 124.1 REX como arraigo laboral y que supone la posibilidad de conceder una autorización de colaboración con la administración laboral competente a quienes acrediten ante la Inspección de Trabajo mediante cualquier medio de prueba (ya no únicamente la sentencia o el acta de la Inspección aunque, como se sabe, el TS ya había matizado esta exigencia y había hecho referencia a la posibilidad de probar la relación mediante cualquier medio de prueba admisible en Derecho) haber estado trabajando en situación irregular durante un período mínimo de seis meses en el último año. Eso sí, por esta vía, no se exige la acreditación de los 2 años de permanencia continuada e irregular en el país, que se venía exigiendo anteriormente. Merece la pena destacar respecto de este tipo de autorización que no es concedida por las Oficinas de extranjería sino por la Dirección General de migraciones, ha de ser solicitada por la persona interesada o de oficio por parte de la autoridad laboral y habilitará a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia durante un año.

3. El arraigo social como vía de acceso hacia la regularidad administrativa

Otra figura que facilita el acceso a la situación de regularidad y que habilita para trabajar es la obtención de una autorización de residencia temporal por razones de arraigo social. En el REX ahora se flexibiliza claramente las posibilidades de obtener este tipo de autorización. Como se sabe, para obtenerla uno de los requisitos que se exigía y se sigue exigiendo, entre otros, es el de contar con un contrato de trabajo firmado por quien trabaja y por quien emplea. Antes de la última reforma del REX se exigía que dicho contrato tuviera una duración mínima de un año, pero la nueva redacción del REX sustituye esta exigencia por la de contar con medios suficientes para vivir, aunque no lo formula en esos términos, pero en tanto que en estos momentos se exige que el contrato firmado «garantice al menos el salario mínimo interprofesional o el salario establecido, en su caso, en el convenio colectivo aplicable, en el momento de la solicitud y cuya suma debe representar una jornada semanal no inferior a 30 horas semanales en el cómputo global y siempre garantizando al menos el SMI⁴» (art. 124.2 REX) resulta obvio cuál es el objetivo prioritario

4 En algunos casos la exigencia de 30 horas semanales a la que hace referencia la norma puede ser inferior, eso sí, nunca por debajo de las 20 horas y solo cuando se acredita tener menores a cargo o personas que precisen

Tal y como ya se hacía en la versión anterior del art. 124.2 REX se realiza una precisión respecto de un sector determinado, el agrario, aunque en estos momentos no parece tener demasiado sentido, pues, como ya se ha apuntado, la anterior regulación del arraigo social exigía la presentación de un contrato de duración mínima de un año y en el caso del sector agrario se ofrecía la posibilidad de presentar dos contratos «con distintos empleadores y concatenados, cada uno de ellos de duración mínima de seis meses», lo que nos daba un total de 12 meses, duración mínima del contrato de trabajo que se exigía con carácter general. En estos momentos se sigue haciendo referencia al sector agrario y se indica que cabe «la presentación de dos o más contratos, con distintos empleadores y concatenados, cada uno de ellos». Teniendo en cuenta que ya no es preciso la exigencia de un periodo mínimo de duración del contrato no se alcanza a entender cuál es el sentido de esta previsión específica, al igual que ocurre respecto de la regla de la concatenación, que sí lo tenía cuando se exigía una duración mínima de un año y se ofrecía la posibilidad de presentar dos contratos concatenados con una duración mínima de 6 meses cada uno de ellos.

Sí resulta interesante, en cambio, la referencia a la posibilidad de que en los casos en los que se desarrollan actividades en una misma o distinta ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un empleador se admitirá la presentación de varios contratos. Esta regla que se aplica de manera general con independencia del sector de actividad puede tener trascendencia a los efectos de alcanzar el número de horas mínimo exigido por la norma, esto es, una jornada semanal no inferior a 30 horas en el cómputo global a lo que se añade la de garantizar al menos el salario mínimo interprofesional.

El tercer requisito que hay que cumplir y que no ha experimentado ningún cambio es el relativo al parentesco con extranjeros residentes o bien la presentación de un informe de arraigo que acredite la integración social, que justifica la regularización y que ha de ser emitido por la Comunidad Autónoma en la que el extranjero tenga su domicilio habitual⁵. Los requisitos conectados con el informe sobre arraigo no han experimentado apenas cambios, únicamente cabe mencionar la sustitución de la expresión «medios económicos suficientes» por una más concreta: «medios económicos suficientes que supongan, al menos, el 100 % de la cuantía de la renta garantizada del IMV con carácter anual» a los efectos de eximir al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo. Nótese que cuando no se exige de dicho requisito se exige la presentación de un contrato con el que se garantice el SMI o el salario mínimo de convenio y, en cambio, a la hora de acreditar «medios económicos suficientes» que permitan exonerar de la obligación de presentar un contrato de trabajo se identifican con el IMV, cuya cuantía es bastante inferior al SMI.

4. El arraigo familiar como vía de acceso hacia la regularidad administrativa

Como se sabe, el art. 124 REX junto a los supuestos de arraigo laboral, social y para la formación, al que nos referiremos en el siguiente apartado de este epígrafe, también regula la posibilidad de obtener una autorización por arraigo familiar. En relación a este supuesto la modificación llevada a cabo por medio del RD 629/2022, de 26 de julio, supone por una parte la incorporación al ordenamiento jurídico de un nuevo supuesto en el que determinadas circunstancias excepcionales permiten solicitar una autorización basada en el arraigo familiar y por otra supone el traslado desde el régimen comunitario al régimen general de un supuesto ya conocido y que afecta a ciertos familiares de una persona con nacionalidad española.

medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y sin perder de vista que el tope del SMI sigue operando como umbral de ingresos mínimos y entendemos que la norma tal y como está redactada tampoco permite reducir dicho umbral aplicando criterios de proporcionalidad (art. 124.2 REX).

5 El informe de arraigo social debe ser emitido y notificado al interesado en el plazo máximo de treinta días desde su solicitud y en él ha de constar, entre otros factores de arraigo el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción socio laborales y culturales. Simultáneamente y por medios electrónicos la Comunidad Autónoma deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente (art. 124.2 REX).

En primer lugar, nos referiremos al supuesto en virtud del cual se permite la obtención de una autorización de residencia por arraigo familiar a los padres, madres o tutores de un menor de nacionalidad española, siempre que la persona progenitora o tutora solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo. Este supuesto junto con el relativo a los hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles ya estaba recogido en el art. 124 REX, la novedad que se introduce en este caso es la vigencia de la autorización que se puede conceder si concurren dichas circunstancias, pues en este caso concreto se puede solicitar una autorización por cinco años que habilita a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia y que posteriormente permitirá una transición directa hacia la autorización de residencia permanente y por tanto al estatuto de residente de larga duración con todo lo que ello supone.

El supuesto verdaderamente novedoso que se incluye ahora en el art. 124 REX encuentra su origen directo en la reciente aprobación de la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y supone la posibilidad de obtener una autorización por circunstancias excepcionales basadas en el arraigo familiar a quienes presten dicho apoyo a una persona con discapacidad de nacionalidad española, siempre y cuando la persona solicitante de la autorización cumpla dos requisitos⁶. En primer lugar se exige que la persona con discapacidad esté a su cargo y en segundo lugar que conviva con ella. No se exige parentesco lo que puede resultar chocante si tenemos en cuenta que nos encontramos ante un supuesto de arraigo familiar y, como se podrá comprobar, en las demás situaciones que se prevén en este apartado el solicitante es familiar de una persona española con la que existe el arraigo. Ciertamente, podría pensarse que lo habitual es que los apoyos que prevé el art. 250 del Código Civil (medidas de naturaleza voluntaria, guarda de hecho, curatela o defensor judicial) suelen ser llevados a cabo por familiares cuando han sido encomendados a una persona física, pero también es cierto que no siempre es así. En cualquier caso, desde una perspectiva de extranjería en este caso se podría regularizar la situación de quien lleve a cabo los mencionados apoyos mediante la obtención de una autorización cuya vigencia es de cinco años y habilita a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia.

Por último, la otra modificación introducida por el RD 629/2022, de 26 de julio en el art. 124 REX consiste en aplicar el régimen general de extranjería al cónyuge o pareja de hecho acreditada de una persona de nacionalidad española⁷, así como a sus ascendientes mayores de 65 años o menores de esa edad que estén a su cargo y a sus descendientes menores de 21 años o mayores de 21 años a cargo. Esa previsión también se aplica si los ascendientes o

6 La nueva normativa dispone que la persona con discapacidad podrá necesitar para ciertos actos o negocios, en función de su grado de discapacidad, la asistencia de una persona que le asista y complemente, pero siempre deberá respetar su voluntad, deseos y preferencias en la medida en que pudieran conocerse. El art. 250 CC establece las siguientes medidas de apoyo: las voluntarias, las informales y las judiciales. Las medidas de apoyo voluntarias son prioritarias a las demás y son aquellas que ordena o dispone la persona con discapacidad. A falta de medidas de apoyo voluntarias pueden entrar en funcionamiento la guarda de hecho, que constituye una medida de naturaleza informal, pues no exige nombramiento. Precisamente este tipo de medida se erige en una figura que va a tener mucha relevancia práctica porque lo normal es que no se proceda a designar una medida de apoyo existiendo alguien que se vaya ocupando materialmente de la persona con discapacidad. En la práctica el guardador de hecho suele ser en la práctica un familiar cercano (los progenitores respecto de los descendientes con discapacidad, los descendientes respecto de los progenitores ancianos con problemas mentales o físicos) que se va a ocupar de la persona con discapacidad sin tener que hacerlo. No se trata de una figura coyuntural, sino que la ley la considera dotada de estabilidad, y deberá colaborar con la autoridad judicial si fuera preciso. Incluso si fuera necesario podría ser dotado de facultades especiales representativas, sobre todo, para determinados actos en cuyo caso deberá solicitarse autorización judicial. Al respecto *Vid.* AA. VV., J. M. RUIZ-RICO RUIZ, A. GÁLVEZ CRIADO y M.^a. D. ARIAS DÍAZ (Coord.), *Lecciones de Derecho Civil*, 3.º ed., Tecnos, Madrid, 2021, pág. 53 y ss.

7 Merece la pena destacar que hasta ahora el régimen comunitario se aplicaba, entre otros, a los nacionales de terceros Estados que mantuvieran una unión análoga a la conyugal y estuviera inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo y siempre que no se hubiera cancelado dicha inscripción. En otras palabras, dicho régimen se aplicaba únicamente a las parejas de hecho registradas. Sin embargo, en estos momentos el art. 124.3.b) REX se aplica a las parejas de hecho acreditadas, lo cual abre la posibilidad a todas las parejas de hecho que no estén registradas y que puedan acreditar una unión análoga a la conyugal por medios diferentes a la inscripción en el registro correspondiente.

los descendientes lo son del cónyuge o la pareja de hecho de una persona española. Hasta el momento a este supuesto se le aplicaba el régimen comunitario, lo que implicaba cumplir una serie de requisitos diferentes a los que se han de cumplir a partir de ahora⁸. Adicionalmente, la nueva regulación permite obtener una autorización que habilita a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia durante cinco años en lugar de la tarjeta de familiar de comunitario.

Por último, el supuesto relativo a los hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles, previsto en el art. 124.3.c) REX, no ha sufrido variaciones por lo que no podrán optar a una autorización por cinco años que habilite a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia. En este caso, tal y como prevé el art. 130 REX, «la autorización concedida... tendrá una vigencia de un año...».

5. El arraigo para la formación como vía de acceso hacia la regularidad administrativa

Una nueva figura prevista en el REX es la del arraigo para la formación. Su finalidad es doble, pues por una parte permite regularizar la situación administrativa de personas extranjeras que, careciendo de antecedentes penales y habiendo permanecido en España de manera continuada durante al menos dos años se comprometan a realizar una actividad formativa, pero no cualquier actividad formativa sino preferentemente las actividades formativas que el propio REX enumera. En concreto, el REX establece en su art. 124. 4.b) que ha de realizarse una formación reglada para el empleo o una formación dirigida a obtener un certificado de profesionalidad o una formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación específica o una promoción por los Servicios Públicos de Empleo y orientada al desempeño de ocupaciones incluidas en el Catálogo al que se refiere el artículo 65.1 REX, esto es el CODC, o bien, en el ámbito de la formación permanente de las universidades se comprometan a la realización de cursos de ampliación o actualización de competencias y habilidades formativas o profesionales, así como de otras enseñanzas propias de esta modalidad de formación.

Se trata, en definitiva, aunque no solo, de dirigir la formación de las personas extranjeras en situación irregular hacia ciertos programas formativos que capaciten para desarrollar aquellas actividades en las que la mano de obra en España resulta escasa. De este modo, se regulariza la situación de personas que ya están en el país, de hecho, han de haber permanecido en España como mínimo dos años y a la vez se persigue dirigir la demanda de formación hacia programas que permitan incrementar la capacidad de empleabilidad de quien recibe la formación.

Como se puede comprobar, el art. 124.4 REX cuenta con un denso párrafo en el que se hace referencia a diferentes tipos de formación de ahí que uno de los objetivos principales de las Instrucciones SEM 1/2022 sobre el arraigo para la formación y otras cuestiones comunes a las autorizaciones de residencia temporal por motivos de arraigo previstas en el art. 124 del REX, publicadas por la Dirección General de Migraciones el pasado 10 de octubre, haya sido precisamente aclarar cuál es la tipología de acciones formativas susceptibles de ser cursadas para poder tramitar la solicitud de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo para la formación. En concreto, se distingue la formación reglada perteneciente al Sistema de Formación Profesional⁹, la formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o la habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación

8 *Vid.* Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

9 A estos efectos se entiende por formación reglada los Títulos de Formación Profesional, los Cursos de Especialización, los Certificados de Profesionalidad (Certificados Profesionales) y los Certificados de Competencia. Toda la formación de carácter oficial, por tanto acreditable, está regulada por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación, y por la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de Ordenación e Innovación de la Formación Profesional y debe ser impartida por centros que estén autorizados para la misma y que figuren inscritos en el correspondiente registro de centros autonómicos. A estos efectos se procederá a la comprobación del registro de la entidad que imparta dicha formación en el registro estatal de centros docentes no universitarios y en el registro autonómico (Instrucción primera 1.a) SEM 1/2022).

específica¹⁰, la formación promovida por los Servicios Públicos de Empleo¹¹ y la formación permanente de la Universidades (cursos de ampliación o actualización de competencias y habilidades formativas o profesionales), así como la formación ofrecida en el marco de un máster universitario.

En este caso lo que se persigue es el compromiso de formación por parte de la persona extranjera que se encuentra en España de manera irregular en alguno de los programas formativos mencionados. Una vez que se solicite esta autorización y se conceda, el solicitante tiene un plazo máximo de tres meses para aportar la acreditación de la matriculación en dicha formación. Si no se aporta la documentación pertinente la Oficina de Extranjería podrá extinguir la autorización de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo para la formación¹².

En este mismo precepto se diseña un proceso de transición hacia la situación de residencia y trabajo, pues superada la formación, y, eso sí, durante la vigencia de la autorización de residencia el interesado puede presentar la solicitud de autorización de residencia y trabajo ante la Oficina de Extranjería junto con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y un empleador en el que se garantice al menos el SMI, o el establecido por el convenio colectivo de aplicación en el momento de la solicitud. En este caso tampoco tiene trascendencia la modalidad del contrato sino la garantía de unos ingresos mínimos, que en esta ocasión se objetivan en el SMI o en el salario fijado en el convenio. Tampoco se indica en el REX si el contrato ha de estar conectado con la formación recibida, aunque la lógica de todo este entramado normativo parece dirigirse hacia esta opción interpretativa, extremo que, por otra parte, ha sido posteriormente confirmado en la Instrucción Tercera. SEM 1/2022. Confirmación que va a acompañada de alguna exigencia adicional que no parecer tener soporte normativo en el REX, lo que hace dudar de su legalidad. En concreto, en relación con el tipo de contrato la Instrucción tercera mencionada regula de manera conjunta una serie de requisitos para las figuras de arraigo social y arraigo para la formación y, en particular, se afirma que «a efectos de presentación de un contrato de trabajo en las autorizaciones de arraigo social y arraigo para la formación se podrá aceptar cualquier modalidad contractual prevista en la normativa laboral siempre que se acredite la percepción del Salario Mínimo Interprofesional en cómputo global anual». Del mismo modo, también se podrán admitir contratos fijos discontinuos o de naturaleza temporal, siempre que se cumpla el requisito de Salario Mínimo Interprofesional en cómputo global anual y el requisito de horas semanales previsto en el artículo 124.2 REX. Nos encontramos por tanto respecto de esta última con una exigencia de horas que no está prevista en la regulación reglamentaria del arraigo para la formación y que se impone por medio de una Instrucción, lo que supone ir más allá de una mera aclaración interpretativa.

Quienes cumplan los requisitos mencionados obtendrán una autorización de dos años. Asimismo, teniendo en cuenta que la obtención de la autorización se vincula a la presentación

10 A estos efectos, el centro que imparta dicha formación deberá estar acreditado y reconocido por el departamento competente en la materia. A título ejemplificativo, la formación para la obtención del Certificado de Aptitud Profesional para la conducción de vehículos de transporte terrestre deberá ser impartida por centros habilitados por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (Instrucción primera 1.b) SEM 1/2022).

11 Esta formación deberá estar incluida en el Catálogo de Especialidades Formativas regulado en la orden TMS/283/2019, de 12 de marzo, como especialidades formativas o especialidades de itinerario, tener identificadas las ocupaciones y puestos de trabajo relacionados con el contenido formativo de las mismas y tener una duración igual o superior a 200 horas. La impartición de esta formación se llevará a cabo por las entidades de formación inscritas en el Registro Estatal de Entidades de Formación regulado mediante Orden TMS/369/2019, de 28 de marzo. Las acciones formativas dirigidas a estas personas podrán contemplar la realización de prácticas profesionales no laborales en empresas, vinculadas a dichas acciones formativas, previa suscripción de un acuerdo entre la empresa y la entidad de formación. Para poder participar en este tipo de formación, los solicitantes deberán previamente inscribirse como demandantes de servicios previos al empleo en los Servicios Públicos de Empleo una vez que tengan autorizado el arraigo por formación y dispongan de N. I.E. y sea programada y autorizada la acción formativa a recibir por el servicio público de empleo competente. Al finalizar la formación, los solicitantes que la hayan superado con evaluación positiva recibirán un diploma acreditativo expedido por la Administración Pública competente, en los términos recogidos en el artículo 3 del Real Decreto 694/2017, de 3 de julio. Se establecerá un sistema de cooperación interadministrativa entre las oficinas de extranjería dependientes del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y los Servicios Públicos de Empleo que garantice la información necesaria a través de consultas (Instrucción primera 1.c) SEM 1/2022).

12 En los casos en los que la matriculación esté supeditada a períodos concretos de matriculación, deberá remitir a la oficina de Extranjería prueba de la matrícula en un período máximo de tres meses desde la finalización de dicho plazo (art. 124. 4.b) REX).

de un contrato de trabajo se puede inferir que el trabajo por cuenta propia no está amparado por esta autorización. Por otra parte, y debido a la propia naturaleza excepcional de la figura de arraigo para la formación, no será posible que una misma persona sea titular de una autorización obtenida por esta vía más de una vez en un periodo de tres años. Por último, finalizado el período de vigencia de la autorización, que es de dos años, sería posible su modificación a través del procedimiento establecido en el art. 202 REX (precepto que no ha sido modificado) para obtener una autorización de residencia y trabajo inicial de 1 año, que posteriormente se renovaría por otros 4.

6. El procedimiento general: la importancia del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura

Con carácter general la obtención de una autorización de residencia y trabajo en el marco de lo que comúnmente se conoce como procedimiento general depende de la situación nacional de empleo. A los efectos de determinar dicha situación, desde 2005 se emplea como herramienta instrumental la información que reúne el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE, en adelante), de acuerdo con la que le proporcionan los servicios públicos de empleo autonómicos y previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita. Toda esa información se recopila en el CODC, que se publica cada tres meses y permite agilizar la concesión de las autorizaciones de residencia y trabajo, pues si dicha autorización se requiere para ocupar un puesto publicado en el Catálogo será suficiente acreditar dicho extremo para continuar la tramitación de la autorización.

Publicado el CODC correspondiente al primer trimestre del año 2023¹³ merece la pena destacar las novedades incorporadas por el RD 629/2022, de 26 de julio respecto de su elaboración. En primer lugar, la supresión del sexto párrafo del apartado uno del art. 65 REX, que establecía lo siguiente: «podrán no ser incluidas en Catálogo aquellas ocupaciones que por su naturaleza podrían ser cubiertas por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios públicos de empleo» y cuya existencia parecía justificar el desajuste existente entre el contenido del CODC y las necesidades reales del mercado de trabajo¹⁴. En segundo lugar, es preciso destacar la novedosa posibilidad de incorporar de manera automática las ocupaciones pertenecientes a aquellos sectores económicos que se determinen por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y, en fin, a partir de ahora la inclusión de una ocupación en el CODC se realizará teniendo en cuenta el grado de especialización requerido para el desempeño de la actividad.

Por otra parte, al margen del CODC, resultan de interés dos novedades que también están vinculadas al procedimiento que se sigue en el régimen general para acreditar si la situación nacional de empleo permite la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura. En estos casos el empleador ha de acreditar ante la Oficina de Extranjería la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado

13 En el BOE del 1 de marzo de 2023 se publicó el CODC correspondiente al primer trimestre del año 2023 aprobado por Resolución de 22 de febrero de 2023, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal. Este Catálogo sigue haciendo referencia al mismo tipo de actividades que aparecían en el anterior. En efecto, no se han incorporado actividades a las que desde el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y desde el de Transportes se había hecho referencia y relacionadas con el sector de la construcción. La prensa a finales de octubre de 2022 recogía los siguientes titulares: «el Ejecutivo promueve, contra el criterio de los sindicatos, que las empresas importen contingentes de trabajadores de la construcción. Las empresas españolas tendrán más fácil que nunca la contratación de trabajadores de la construcción en el extranjero. A partir del lunes, el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, una lista que recoge el perfil de profesionales que, en teoría, no hay en España para poder ficharlos en otros países, se ampliará con 31 oficios, todos relacionados con la construcción» (El país 28-10-2022). Hay que recordar que dicho Catálogo nunca se publicó. Y por otra parte también hay que señalar que esta posibilidad no parecía contar con el beneplácito de los sindicatos tal y como también se refleja en la prensa en esas mismas fechas: «España contratará a extranjeros para oficios relacionados con la construcción. Sindicatos rechazan la propuesta del Gobierno de ampliar el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, que recoge el perfil de los profesionales que no hay en España para poder contratarlos en otros países» (*Vozpopuli* 28-10-2022).

14 Precisamente, la supresión de este párrafo haría posible que el CODC incorporase muchas más actividades que las relacionadas con la marina mercante y el deporte profesional a las que se vienen refiriendo los Catálogos de manera exclusiva en los últimos años.

laboral interno, para lo que dispone de una serie de plazos que el RD 629/2022, de 26 de julio ha reducido considerablemente¹⁵, pero, no solo eso, pues a partir de ahora la Oficina de Extranjería tendrá en consideración junto con el informe presentado por los servicios públicos de empleo el nivel de urgencia de la contratación susceptible de ser acreditado por la empresa.

Por último, una novedad importante en relación con el procedimiento general de obtención de autorizaciones de residencia y trabajo es que dichas autorizaciones tendrán, como ocurría anteriormente, una vigencia inicial de un año, pero la renovación será por cuatro años, de modo que se pone fin a las renovaciones intermedias que había que realizar cada dos años antes de alcanzar la residencia de larga duración, situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles (art. 32 LOEX).

7. La gestión colectiva de contrataciones en origen

El art. 39 LOEX establece que «el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones puede aprobar, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen, a los que solo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España». Se trata de una vía de acceso al empleo ya conocida en nuestro ordenamiento jurídico desde los años 90 del pasado siglo¹⁶, que presenta ciertas particularidades y que ha de diferenciarse de manera clara de los supuestos analizados en el epígrafe anterior.

El sistema de gestión colectiva de contrataciones en origen (GECO, en adelante) es una forma de encauzar los flujos migratorios de carácter laboral. Se trata además de una vía dirigida únicamente a la tramitación de autorizaciones administrativas para trabajar por cuenta ajena y supeditada en todo caso a los datos que arroje la situación nacional de empleo. En otras palabras, es «un conjunto de procedimientos administrativos dirigidos a la tramitación y concesión simultánea de una pluralidad de autorizaciones de residencia y trabajo, presentadas por uno o varios empleadores respecto de extranjeros que no se hallan ni residan en España, orientado exclusivamente a la migración con fines laborales»¹⁷. La selección de las personas extranjeras que van a acceder a un empleo por esta vía se realizará en el país de origen teniendo en cuenta las ofertas presentadas por los empleadores.

15 En particular, el plazo para realizar la publicidad de la oferta pasa de 15 a 8 días; la espera del empleador para conocer el resultado de la gestión de la oferta pasa de 25 a 8 días y por último el plazo que tiene los servicios públicos de empleo para certificar la insuficiencia de mano de obra pasa de 5 a 3 días (art. 65.2 REX).

16 El antecedente inmediato de esta fórmula lo encontramos en el denominado «sistema de contingente» también conocido como sistema de «cupos» que para algunos autores es «una verdadera técnica de normalización organizada de flujos migratorios». Así lo afirma C. MOLINA NAVARRETE, en AA. CC., *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, Comares, Granada, 2001, pág. 610. En efecto el origen de esta fórmula de planificación de los flujos migratorios laborales lo encontramos en 1991, cuando una proposición no de ley relativa a la situación de los extranjeros en España indicaba que era preciso organizar los flujos migratorios en función de las necesidades de mano de obra de la economía española y de la capacidad de absorción de la sociedad española. En 1993 en cumplimiento del apartado primero de dicha Proposición no de ley el Consejo de Ministros aprobó por primera vez en España un contingente de autorizaciones para trabajadores extranjeros y a partir de esa fecha cada año se fueron aprobando los correspondientes Acuerdos del Consejo de Ministros para fijar el número de autorizaciones que iban a ser concedidas. No será hasta el año 2000 cuando se recoge expresamente en la LOEX esta fórmula de planificación. En su versión primigenia el art. 37 LOEX, bajo la denominación «el contingente de autorizaciones» establecía que: «el Gobierno, previa audiencia del Consejo Superior de Política de Inmigración y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, establecerá anualmente un contingente de mano de obra en el que se fijará el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a los trabajadores extranjeros no residentes en España, con indicación de los sectores y actividades profesionales». Con la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/200, de 22 de diciembre, el art. 37 LOEX pasó a ser el 39 y mantuvo su denominación hasta 2009, momento en el que la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, la sustituyó por la de «gestión colectiva de contrataciones en origen». A través de estas modificaciones normativas, así como de la que tuvo lugar en 2003 a través de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, se fue desarrollando la regulación normativa de este procedimiento, que se complementa con lo establecido en los artículos 167, 168 y 169 del REX y con un instrumento especialmente importante como es la Orden Ministerial que concreta lo establecido en la LOEX y el REX en cifras, sectores de actividad e incluso lugares de procedencia.

17 Así se definía el sistema de Gestión colectiva de contrataciones en origen en la Orden ISM/1485/2021, de 24 de diciembre (BOE 30-12-2021), por la que se regulaba dicha gestión para el 2022.

El RD 629/2022, de 26 de julio, también ha introducido novedades en esta materia. En concreto, tres artículos del REX, el 167, el 168, el 169 y el 170 han sido objeto de modificación. Con ello se persigue, tal y como se indica en su exposición de motivos, «una mejora en los procedimientos de la gestión de contrataciones en origen y de la migración circular, fidelizando a aquellas personas que cumplan con todos los compromisos adquiridos, especialmente el de retorno» para lo cual se han introducido cambios que afectan, entre otros aspectos, a la elaboración de la previsión anual de la gestión colectiva de contrataciones en origen, al posible contenido de la norma y también a algunas cuestiones relacionadas con ciertas especialidades de los procedimientos por medio de los cuales se obtienen las autorizaciones.

El art. 167 REX ha sido modificado para incorporar expresamente la posibilidad de prever en la orden anual por la que se establece la contratación en origen tres figuras que corresponden a proyectos migratorios claramente diferenciados. En primer lugar, migración de carácter estable¹⁸, en segundo lugar migración circular¹⁹ y por último búsqueda de empleo. Destacan las provisiones relativas a las autorizaciones susceptibles de ser obtenidas en el marco de un proyecto de migración circular. El art. 167.3 REX establece que las autorizaciones de trabajo previstas en la contratación colectiva en origen para la migración circular tendrán una duración de cuatro años y habilitarán para trabajar por un período máximo de nueve meses en un año y en un único sector laboral²⁰. Se trata de una autorización cuya vigencia queda condicionada al cumplimiento del compromiso de retorno y al mantenimiento de las condiciones que justificaron su concesión.

Por lo que se refiere al contrato de trabajo que debería ser formalizado parece claro que la opción óptima es la de fijo discontinuo. Transcurridos los cuatro años de vigencia de la autorización es posible su prórroga por iguales períodos de tiempo siempre y cuando se sigan cumpliendo las condiciones que dieron lugar a su concesión. Además, y de manera alternativa aquellos trabajadores que acrediten haber cumplido con el compromiso de retorno durante la vigencia de la autorización de trabajo podrán solicitar en el período de seis meses desde la finalización de dicha autorización una de residencia y trabajo, que tendrá una duración de dos años prorrogables por otros dos y que autorizará a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia.

Nos encontramos aquí con una vía abierta a que quien quiera emigrar pueda diseñar su propio proyecto migratorio. La migración circular puede ser una vía adecuada a través de la cual se concilien los intereses de quien quiere encontrar una oportunidad de trabajo en otro país, en este caso España, pero no quiere abandonar el suyo. Y por otra parte, la migración circular también puede convertirse en la forma de acceso al mercado de trabajo español con el fin de poner en marcha posteriormente un proyecto migratorio definitivo que implique el abandono del país de origen. No obstante, desde la perspectiva de los derechos laborales el hecho de que la autorización de cuatro años se conceda para un único empleador puede propiciar ciertos abusos que será necesario controlar, pues se está limitando las posibilidades de quien trabaja de cambiar de empleador.

18 En la Orden ISM/1302/2022, de 27 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para el 2023 se define por migración de carácter estable «la contratación de trabajadores en origen de forma colectiva mediante la gestión simultánea de sus autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena para atender a la cobertura de puestos estables que no deban ser objeto de contratos fijos-discontinuos. Estas autorizaciones se concederán en los términos establecidos en el artículo 64 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y su tramitación se realizará de forma colectiva, y se basará en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones» (art. 1.a).

19 En la Orden ISM/1302/2022, de 27 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para el 2023 se define por migración de carácter circular «la concesión de autorizaciones de trabajo de cuatro años de duración, que habilitan a trabajar y residir por un periodo máximo de nueve meses al año en un único sector laboral, basadas en una contratación fijo-discontinua, para atender a la cobertura de puestos con naturaleza estacional, de temporada o de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos» (art. 1.b).

20 La duración máxima establecida en la norma se ajusta a las previsiones de la Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros, según la cual: «los Estados miembros establecerán un período máximo de estancia de los trabajadores temporeros que no será inferior a cinco meses ni superior a nueve meses dentro de cualquier período de 12 meses. Transcurrido dicho período, el nacional de un tercer país abandonará el territorio del Estado miembro de que se trate, a no ser que este le haya expedido un permiso de residencia de acuerdo con el Derecho nacional o de la Unión para fines distintos del trabajo de temporada» (art. 14).

La regulación de la gestión colectiva de contratación en origen se completa con la aprobación de la propuesta de previsión anual de puestos de trabajo, por ocupación laboral, que corresponde a la Secretaria de Estado de Migraciones, tal y como se establece en el art. 168 REX. Respecto a la elaboración de dicha previsión anual no ha habido cambios notables en el REX salvo los relativos a la denominación de los órganos competentes para su elaboración. Sí destacan, en cambio, algunas novedades relacionadas con ciertas especialidades de los procedimientos a seguir en este caso. En concreto, en el art. 170. 1 REX se incluyen nuevos requisitos a tener en cuenta a la hora de obtener las autorizaciones en el marco de la gestión colectiva de contrataciones en origen. En particular, se reitera la obligación del trabajador extranjero de cumplir con el compromiso de retorno a su país de origen «en los términos previstos por el contrato fijo-discontinuo y en la vigencia de su visado, y la notificación de dicho retorno en los términos previstos en la Orden anual». Mención especial merece la referencia en este punto al contrato fijo-discontinuo, pues, en coherencia con la reforma laboral llevada a cabo a finales de 2021, parece que la modalidad contractual susceptible de ser utilizada en los casos de migración circular es la de fijo-discontinuo y el tenor literal de la norma no parece dejar más alternativa. Por otra parte, y en la línea de lo que establece el art. 99.3. a) REX en relación con los requisitos para obtener la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada, cuya supresión entrará en vigor el 27 de julio de 2023²¹, se impone la obligación del empleador de proporcionar al trabajador que llegue a trabajar al país al amparo de una autorización gestionada en origen y de manera colectiva un alojamiento adecuado que reúna las condiciones previstas en la normativa en vigor y siempre que quede garantizada, en todo caso, la dignidad e higiene adecuadas del alojamiento, en los términos previstos en la Orden anual²². Por último, tal y como también establece el art. 99.3.b) REX se impone al empleador la obligación de organizar los viajes de llegada a España y de regreso al país de origen y la asunción, como mínimo, del coste del primero de tales viajes y los gastos de traslado de ida y vuelta entre el puesto de entrada a España y el lugar de alojamiento, así como las actuaciones diligentes para garantizar el regreso de los trabajadores a su país de origen.

Una actuación particular se prevé en el caso en el que se considere oportuno desarrollar cursos de formación en España o en el país de origen para trabajadores que hayan sido seleccionados o preseleccionados en el marco del GECO. Esta posibilidad que ya recogía el REX se ve ampliada por una previsión mucho más específica y dirigida a los casos en los que se esté seleccionando mano de obra en una ocupación que requiera una certificación de aptitud profesional o habilitación específica para el desempeño del trabajo, como ocurre, entre otras, en el sector del transporte. En estos supuestos la autorización de trabajo estará supeditada a la obtención de dicha certificación, pero con el fin de facilitar su obtención se podrá conceder una autorización de residencia de seis meses para la formación, que, eso sí, no habilitará para trabajar. Una vez obtenida la certificación de aptitud o la habilitación específica y durante la vigencia de la autorización de residencia se deberá presentar la acreditación de haber completado la formación ante el área de Trabajo e Inmigración de la Delegación del Gobierno o, en el caso de Subdelegaciones de Gobierno, la Dependencia provincial del área de trabajo e Inmigración, que concederá la autorización de trabajo en las condiciones previstas por el REX. Ahora bien, si no se supera la formación el trabajador estará obligado a retornar a su país de origen²³.

21 El artículo único 8 del RD 629/2022, de 26 de julio, suprime el capítulo VI, que comprende los arts. 97 a 102, que regulan la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada.

22 En estos momentos la Orden ISM/1302/2022, de 27 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para el 2023 incluye en su anexo IX las condiciones de habitabilidad de los alojamientos para trabajadores migrantes de temporada y campaña en la agricultura. En particular se detalla las condiciones generales de habitabilidad, así como las condiciones de las instalaciones y los servicios, los tipos de alojamiento, diferenciando entre vivienda tradicional, modulo-apartamento y unidad-dormitorio, así como las características generales de edificación, estructura, superficie de las dependencias, mobiliario y enseres.

23 El art. 17 de la Orden ISM/1302/2022, de 27 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para el 2023, describe con detalle el procedimiento a seguir para obtener una autorización provisional de trabajo supeditada a la obtención de una certificación o habilitación profesional para el ejercicio de una profesión.

8. Novedades en la transición de la situación de estancia por estudios, formación o prácticas a la situación de residencia y trabajo

El art. 199 REX introduce algunas novedades que, sin duda, van a facilitar el acceso al trabajo tras la finalización de ciertas actividades formativas. En particular, las reglas que prevé este precepto se aplican únicamente a tres supuestos. En primer lugar, a los extranjeros que hayan realizado o ampliado estudios en un centro de enseñanza autorizado en España, en un programa de tiempo completo, que conduzca a la obtención de un título o certificado de estudios. En segundo lugar, a quienes hayan realizado actividades de investigación o formación y, en tercer lugar, a quienes realicen prácticas no laborales en un organismo o entidad pública o privada. Finalizadas dichas actividades, sin necesidad de solicitar un visado, por tanto, sin necesidad de salir del país, cabe solicitar una autorización de residencia y trabajo, que se concederá tal y como establecía este precepto antes de la reforma siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos para ello con carácter general con la única e importante excepción del relativo a la situación nacional de empleo.

Antes de la última reforma experimentada por el REX se exigían dos requisitos además del que se sigue exigiendo actualmente y que, como es natural, se refiere al hecho de haber superado los estudios, la formación o las prácticas con aprovechamiento a quienes tras haber finalizado sus estudios querían trabajar en el país. Derogadas quedan ahora las exigencias relativas a la permanencia en España durante al menos tres años como titular de una autorización de estancia o al hecho de no haber sido becado o subvencionado por organismos públicos o privados dentro de programas de cooperación o de desarrollo, españoles o del país de origen. La autorización de residencia y trabajo que, en su caso, se conceda tendrá la consideración de autorización inicial y su eficacia estará condicionada al posterior alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de su concesión.

Por último, se introduce como novedad una previsión específica relativa a los especialistas en ciencias de la salud, respecto de los cuales se abre la puerta a la posibilidad de trabajar mientras se tramita su autorización, lo que constituye una muestra más de las motivaciones a las que responde esta reforma y que tienen que ver con las dificultades para encontrar mano de obra en el mercado de trabajo español respecto de ciertas actividades. Si en el epígrafe anterior hacíamos referencia a una previsión que parecía responder a las dificultades para encontrar personas que quieran prestar servicios en el sector del transporte, entre otros, (art. 170.4 REX) ahora encontramos una previsión dirigida a cubrir las carencias que presenta el sector sanitario. En particular el nuevo art. 199.4 REX establece que en los supuestos de los extranjeros que hayan obtenido la resolución favorable para el reconocimiento del título de especialista en Ciencias de la Salud, regulado en el Real Decreto 459/2010, de 16 de abril, por el que se regulan las condiciones para el reconocimiento de efectos profesionales a títulos extranjeros de especialista en Ciencias de la Salud, obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea, la autorización de estancia adquirirá el carácter de autorización provisional de residencia y trabajo por cuenta ajena una vez admitida a trámite la solicitud de modificación y hasta que se resuelva el procedimiento. No obstante, si se deniega la modificación la autorización provisional perderá de manera automática su vigencia «sin necesidad de pronunciamiento administrativo expreso».

9. El trabajo por cuenta propia: favorecimiento del autoempleo

La reforma del REX, llevada a cabo por el RD 629/2022, de 26 de julio, también ha incidido en el régimen de actividades por cuenta propia. Para ello se han modificado varios artículos del REX, en concreto los artículos 71, 72, 105 y 109. Las razones por las cuales se ha llevado a cabo la modificación, recogidas en la exposición de motivos de la norma reformadora, tienen que ver con el hecho de que a juicio de quien reforma la normativa reglamentaria no facilitaba el emprendimiento por parte de las personas extranjeras; pues a las dificultades de carácter documental se unía el hecho de considerarse que el trabajador por cuenta propia sólo podía estar vinculado a una gran inversión, sin tener en cuenta la figura del emprendedor individual que se limita a la inversión mínima de acuerdo con las características de su proyecto laboral y que tiene como objetivo el autoempleo.

Como se sabe, junto a las previsiones que establece la LOEX y el REX en materia de trabajo por cuenta propia, hay que tener en cuenta las que en 2013 incluyó la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI, en adelante), que cuenta con un capítulo dedicado los emprendedores. Esta Ley diseñaba un régimen de extranjería particular para aquellas personas extranjeras que quisieran emprender. Ahora bien, dicho régimen «privilegiado» no se aplica a cualquier tipo de proyecto o empresa emprendedora, de hecho, el art. 70 LAEI considera actividad emprendedora a aquella que presente carácter innovador y un especial interés económico para España. De acuerdo con este precepto a la hora de conceder la autorización correspondiente a la persona extranjera que quiera emprender se tendrán en cuenta varios criterios, siendo prioritario el de la creación de puestos de trabajo en España y sin perder de vista otros como el perfil profesional del solicitante, su formación y experiencia profesional, así como su implicación en el proyecto. Este régimen, por tanto, no es el que podríamos calificar como general en materia de trabajo por cuenta propia, pues, aunque se aplica a este tipo de trabajo resulta obvio que presenta unas características muy particulares.

De otra parte, como ya se ha dicho la LOEX y el REX recogen la posibilidad de trabajar por cuenta propia sin que resulte necesario que la actividad que se va a llevar a cabo presente un «especial interés económico para España», como se exige en el art. 70 LAEI, pero, eso sí, a la hora de conceder una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia el art. 105 REX impone el cumplimiento de una serie de condiciones de diversa índole, destacando por lo que aquí interesa las condiciones en materia de trabajo. Cuatro eran hasta la entrada en vigor del RD 629/2022, de 26 de julio, las condiciones en materia de trabajo que se exigían. En concreto era y es preciso cumplir los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada; poseer la cualificación profesional legalmente exigida o experiencia acreditada suficiente en el ejercicio de la actividad profesional, así como en su caso la colegiación cuando así se requiera y acreditar la suficiencia de la inversión prevista para la implantación del proyecto, así como la incidencia, en su caso, en la creación de empleo. La novedad introducida en julio radica en el hecho de que se considera creación de empleo a dichos efectos el auto empleo. En definitiva, la creación de puestos de trabajo sigue teniendo importancia a efectos de obtener la autorización de trabajo por cuenta propia si el proyecto empresarial así lo requiere, pero el hecho de no hacerlo no es impedimento para su obtención.

Por otra parte, resulta especialmente importante a la hora de remover obstáculos para desarrollar una actividad por cuenta propia en el caso de una persona extranjera la supresión llevada a cabo por el RD 629/2022, de 26 de julio, de la exigencia establecida en la letra d) del apartado 3 del art. 105 REX, donde se imponía que el extranjero solicitante de la autorización de residencia por cuenta propia contase con recursos económicos suficientes para su manutención y alojamiento, debiendo realizar su valoración una vez deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad en aquellos casos en los que los recursos acreditados derivasen del ejercicio de la actividad por cuenta propia.

Por último, en cuanto a la vigencia de la autorización de trabajo por cuenta propia, la inicial seguirá teniendo una vigencia de un año, pero la renovada será de cuatro y habilitará para seguir trabajando por cuenta propia y también por cuenta ajena sin que resulte necesario llevar a cabo el procedimiento de modificación al que hace referencia el art. 203 REX, cuyo apartado dos parece haber quedado vacío de contenido con la nueva previsión en virtud de la cual toda autorización inicial ya sea de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia puede ser renovada si se cumplen los requisitos que ya venía exigiendo la normativa. Asimismo, tras su renovación se obtendrá una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia y en cualquiera de los dos casos su vigencia será de cuatro años y habilitará para trabajar indistintamente por cuenta ajena o propia (art. 72.1 REX para el trabajo por cuenta ajena y art. 109.7 REX, para el trabajo por cuenta propia). De este modo se trata de alcanzar uno de los objetivos perseguidos con la reforma, cual es facilitar en las renovaciones la máxima compatibilidad entre trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia «para incentivar el emprendimiento entre las personas migrantes» según establece la propia exposición de motivos del REX.

10. Reflexión final

Nos encontramos ante una reforma que persigue objetivos ambiciosos teniendo en cuenta además que se trata de la modificación de una norma reglamentaria, que en todo caso está limitada por la vigencia de la LOEX, cuya reforma no parece contemplarse a corto ni a medio plazo. Por tanto, con las limitaciones propias del ámbito reglamentario se diseña la puesta en marcha de una serie de mecanismos que presentan un elemento común: facilitar el acceso al empleo de nacionales de terceros Estados. Y para lograrlo se actúa sobre las diferentes vías que permiten obtener autorizaciones de residencia y/o trabajo principalmente respecto de nacionales de terceros Estados que se encuentran en España de manera irregular o que se encuentran todavía en sus países de origen.

Podría decirse que tres son los elementos principales de esta reforma. En primer lugar, la flexibilización de algunas vías de regularización frente al endurecimiento de otras. En segundo lugar, la modificación de los órganos que participan en la elaboración del CODC, uno de los instrumentos más importantes a la hora de articular el acceso al empleo en España de nacionales de terceros Estado y en tercer lugar una modificación en el enfoque de la gestión colectiva de contrataciones en origen, haciendo posible la puesta en marcha de proyectos de migración estable, circular o de búsqueda de empleo.

Estamos ante una reforma que sobre el papel parece adecuada y equilibrada, pero que va a ser difícil de llevar a la práctica por la complejidad de algunos procedimientos. Sobre todo, en lo que se refiere al denominado arraigo por formación. Es clara la finalidad, regularizar y formar en aquellas actividades en las que no hay mano de obra, pero una vez más se trata de una solución puntual para hacer frente a un problema estructural de nuestro mercado de trabajo en la línea de lo que se ha venido haciendo durante años, esto es, manejar la migración como la solución a un problema vinculado a las necesidades de mano de obra que existen en el país, pero sin tener en cuenta un enfoque más amplio, que por otra parte, no parece ser compartido con carácter general por las políticas migratorias de los Estados, ni siquiera por las de aquellos Estados que expulsan a su propia mano de obra al no hacer lo correspondiente, ya sea por unas u otras razones, con la aquiescencia de los países receptores o sin ella, para convertir a sus países en lugares donde sea posible desarrollar una buena vida sustentada en la dignidad del ser humano.

XI.

EL NUEVO ESTATUTO JURÍDICO DEL PERSONAL AL SERVICIO DEL HOGAR¹

Paz Menéndez Sebastián

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Oviedo

Alex Minculeasa Copcea

*Becario de Investigación (FICYT) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

1. Presentación de la temática objeto de estudio y aproximación al entramado normativo regulador de la actividad

El «hogar» es, y ha sido siempre, un entorno especial en el que rigen reglas específicas y en el que los derechos fundamentales, como la dignidad y la intimidad, adquieren protagonismo frente a otras reglas asumidas en términos generales por la población, incluidas las laborales. Por ello, la prestación de servicios en este singular contexto de privacidad ha merecido siempre un tratamiento legal «aparte». Históricamente, ese especial tratamiento se había traducido en una legislación laboral plagada de excepciones al régimen común del trabajo asalariado y en un régimen especial de Seguridad Social, acomodado, principal, aunque no únicamente, a las peculiaridades de la parte empresarial del contrato. Sin embargo, hace ya más de una década que el legislador decidió transitar por un camino diferente, cuya meta se encuentra en la obtención de la mayor homogeneidad posible entre las condiciones laborales y de Seguridad Social de este colectivo de personas trabajadoras y las del resto de asalariadas. En este trabajo se analiza la regulación legal vigente de esta prestación de servicios, cargando las tintas en los hitos que atestiguan este proceso normativo de aproximación, y en los pronunciamientos judiciales que han acompañado al legislador en este complejo itinerario.

Como se sabe, la relación laboral especial de quienes prestan servicios en el hogar familiar se regula mediante el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (en adelante, RD 1620/11). Esta norma supuso el pistoletazo de salida en el antes dicho proceso de intensa aproximación del estatuto jurídico de este personal al común del resto de personas trabajadoras asalariadas. Aunque, en realidad, la carrera se había iniciado meses antes con la promulgación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que integró el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social (disposición adicional trigésima novena),

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto titulado «Las transformaciones de la legislación laboral contemporánea y el nuevo estatuto del trabajo (proyecto coordinado nacional)» y, en particular en el Subproyecto: «La expansión del Derecho del Trabajo hacia zonas emergentes y de frontera (Convocatoria 2020 Proyectos de I+D+i - PGC Tipo Coord.)», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (REF: PID2020-118499GB-C33) y en el Proyecto «Envejecimiento activo y brecha prestacional de género en el entorno del trabajo familiar», subvencionado por el Gobierno del Principado de Asturias a través de la FICYT (AYUD/2022/26224).

habilitando al Gobierno a modificar, en consonancia con esta integración, la regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Habilidad que deparó la norma reglamentaria que acaba de reseñarse.

El cambio que supuso la promulgación de sendas normas fue mucho más allá de la mera sustitución de un régimen especial de Seguridad Social por un sistema especial dentro del Régimen General que, por lo demás, mantenía buena parte de las particularidades del viejo régimen especial. Se quería dejar claro que, aunque la relación laboral mantuviese su carácter de «especial», había de someterse a un intenso remozado que garantizase, poco a poco, el menor número posible de excepciones y singularidades, empezando por lo simbólico que resultaba su exclusión del régimen general de protección social. Desde entonces, esta particular prestación de servicio ha pasado a tener un régimen jurídico, con singularidades, pero mucho más próximo al ordinario que el que había venido teniendo hasta ese momento. Ciertamente, la norma de 2011 quiso dejar definitivamente atrás el vetusto Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar, que se había construido esencialmente sobre el carácter extraordinariamente especial de esta prestación de servicios, aceptando que el entorno físico en el que la misma tenía lugar (el hogar) exigía una aguda acomodación (en el sentido de desplazamiento) de las normas laborales comunes, aplicables a la actividad laboral desplegada en contextos productivos más ordinarios.

Huelga decirlo, el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar (en adelante, RDL 16/2022) es, por ahora, la última parada en ese prolongado viaje de aproximación al estatuto jurídico común del trabajo asalariado. Esta norma da carta de naturaleza al enfoque iniciado con la legislación de 2011, que no es otro que variar el eje gravitacional de la regulación de la actividad, que deja de ser, como en otros tiempos, la protección de la singularidad del receptor del servicio (la persona titular del hogar), para ser la tutela de quien lo presta. Si el RD 1620/11, en su versión original, pretendía dignificar las condiciones de trabajo de estas personas, pasando a aplicar en lo que resultase factible la regulación general del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y su normativa de desarrollo; suprimiendo, por ejemplo, el contrato temporal anual no causal; introduciendo mecanismos de reforzamiento de la transparencia y del derecho de información de la persona empleada respecto de sus condiciones laborales; y fortaleciendo la prohibición de discriminación; el de 2022, reconoce el derecho a desempleo y la protección frente a la insolvencia, hace desaparecer el desistimiento no causal, etc. Es decir, avanza tanto en la equiparación de derechos que obliga incluso a quien se acerca a él a cuestionarse si continúa teniendo pleno sentido mantener la condición de relación laboral especial, o si es que ese proceso aún no ha finalizado, siendo la última etapa del camino iniciado en 2011 la definitiva supresión de ese carácter especial.

Ahora bien, este loable cambio de perspectiva no puede negar la realidad incontestable de que el trabajo en el hogar no es una actividad productiva en el sentido tradicional del término y, por tanto, no le sirven, sin más, las reglas comunes de ordenación de la actividad laboral para un sujeto empleador industrial, comercial o similar, en tanto que nada produce que se pueda poner en el mercado. Precisamente por ello, la proximidad tantas veces dicha no ha impedido el mantenimiento al margen de algunas reglas de Seguridad Social específicas². En efecto, aunque la nueva norma es extraordinariamente ambiciosa, y despliega un amplio abanico de equiparaciones, aún restan singularidades trascendentes, que es posible que poco a poco vayan también desapareciendo³.

2 Persisten tras la nueva norma algunas reglas especiales para este colectivo que atienden precisamente a las singularidades de la parte empresarial, tales como el no funcionamiento del pago delegado en la prestación de incapacidad temporal, la asunción a costa de la persona empleadora en la incapacidad temporal con enfermedad común del cuarto al octavo día (art. 251.a y b del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; o la no aplicación de las reglas de cotización adicional para contratos de duración inferior a treinta días (art. 151.3 LGSS). Resulta difícil vaticinar si subsistirán en los tiempos venideros.

3 Sólo por referenciar algunas de ellas: téngase en cuenta que la extinción objetiva causal en ciertos casos da derecho a una indemnización inferior a la ordinaria (de doce días en lugar de veinte); que el alcance de la responsabilidad asumida por el Fondo de Garantía Salarial también es inferior a la común (al regir el límite de seis mensualidades); siguen sin alcanzarles a estas personas trabajadoras las reglas de responsabilidad en el pago de las prestaciones por contingencia profesional del art. 167 LGSS (lo que supone desplazar tanto la responsabilidad directa de la persona empleadora infractora de las obligaciones de alta y cotización, como la automaticidad de las prestaciones) pues no desaparece la letra c) del art. 251 LGSS.

En todo caso, no está de más recordar que el Real Decreto-Ley ve la luz tras la mediática y esperada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 24 de febrero de 2022, C-389/20 que sirvió, entre otras cosas, para fijar en el legislador español todas las miradas, a la espera de cuál fuese su respuesta al requerimiento europeo y a la arrastrada deuda histórica con las personas trabajadoras del hogar, cuya regulación llevaba descuidando desde sus inicios. La sentencia, como se sabe, ponía en jaque el sistema español de desempleo, negado tradicionalmente a este colectivo. Desde esta perspectiva la resolución supuso un paso de gigante en la lucha contra la discriminación indirecta por razón de género, no por casualidad se trata del colectivo laboral más feminizado y, por tanto, todas las restricciones de derechos de protección social, incluidas las fundamentadas en las particularidades de régimen/sistema especial, contribuyen a agrandar la ya dilatada brecha prestacional de género. Circunstancia que ya había puesto sobre la mesa el Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) (sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos) y sobre cuyo contenido no es el momento de detenerse pues, como se verá, sobrarán oportunidades para hacerlo en los apartados siguientes. En todo caso, baste retener aquí que el Convenio reconoce expresamente esta predominante presencia femenina y, principalmente, migrante y despliega todos sus reglas atendiendo siempre a esta singularidad⁴.

Precisamente esta realidad hace especialmente necesario acelerar la desaparición de algunas de las singularidades que el Real Decreto-Ley de 2022 ha mantenido. Así sucede con la exclusión de la aplicación del mecanismo de integración de lagunas de cotización para el acceso a la pensión de jubilación o de incapacidad permanente, que todavía resistirá en nuestro ordenamiento por lo menos hasta el próximo año 2023⁵. El impacto que esta inaplicación puede tener en la ya mencionada brecha de género no es precisamente trivial y, sin lugar a dudas, su eventual extensión a un sector tan feminizado y precarizado (en el que predomina además la parcialidad) coadyuvaría sustancialmente a recortarla y, de paso, a dar cumplimiento al art. 2.2.b del Convenio 189 OIT que, si bien permite diferencias en la regulación (excluyendo total o parcialmente la aplicación del Convenio), exige que las excepciones vengán debidamente justificadas, de acuerdo con las condiciones de apartado tercero del mismo artículo, no siendo por ende vía de escape para nuestro legislador.

De todos modos, mientras comprobamos qué sucede en los próximos meses con estas excepciones al régimen común, vale la pena analizar el novedoso régimen jurídico de esta prestación de servicios y, además, hacerlo combinadamente con otras intervenciones legislativas y jurisprudenciales que se han producido recientemente y que igualmente contribuyen a la resistencia de la malla de protección de la igualdad, como son la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación (en adelante, Ley de igualdad); o la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (en adelante, Ley de libertad sexual).

2. Ámbito de aplicación de la relación laboral especial y fuentes de regulación

2.1. Persona empleadora. Alcance de la fórmula legal (persona titular del hogar familiar)

La nueva norma mantiene intacto el ámbito de aplicación de la relación laboral especial, que sigue siendo, por ende, la que concierne a la persona titular del hogar familiar con quien, dependientemente y por cuenta de aquella, presta servicios retribuidos en el ámbito doméstico.

4 La OIT tampoco desaprovecha la oportunidad para recordarle al legislador estatal que, como es evidente, los convenios y recomendaciones del trabajo son de aplicación a todas las personas trabajadoras «incluidos los trabajadores domésticos». Sin embargo, no niega tampoco las peculiaridades que se dan en este ámbito, por su naturaleza, y que sí pasa a abordar en este Convenio en particular.

5 Véase la disposición transitoria 16.ª 4 LGSS: «Desde el año 2012 hasta el año 2023, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas en dicho período por los empleados de hogar respecto de los periodos cotizados en este sistema especial solo se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 197.4 y 209.1.b)».

Obviamente, esta titularidad del hogar no debe entenderse, en modo alguno, en el sentido de propiedad del domicilio, bastando con que quien figura como persona empleadora actúe *de facto* como titular del lugar de residencia en el que se presta el servicio.

Lo habitual será que el servicio se preste en el domicilio familiar y que, por tanto, esa persona actúe en representación (no legal) de la familia. Ahora bien, es posible que la prestación no tenga lugar para una familia en el sentido clásico del término, sino para una única persona o incluso para dos o más que, sin vínculo alguno de parentesco, convivan en la misma vivienda (por ejemplo, pisos de estudiantes o compartidos por otros motivos, ya sean económicos o incluso ideológico-religiosos). En tales casos asumirá la condición de titular del hogar familiar «la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación de tales personas, que podrá recaer de forma sucesiva en cada una de ellas» (art. 1 RD 1620/11). Aunque la fórmula legal en modo alguno resulta jurídicamente clara, ni precisa, parece evidente que podrá figurar como persona empleadora cualquiera de las que resida en la vivienda siempre que sea propietaria, arrendadora u ostente similar título de uso y disfrute de aquella, de forma individual o compartida. Siempre que no se trate de una persona jurídica, de carácter civil o mercantil, aun cuando el objeto contractual sea la prestación de servicios o tareas domésticas, pues en tal caso la prestación habrá de contratarse conforme a las reglas comunes (art. 2.1.a RD 1620/11)⁶.

Probablemente uno de los supuestos más problemáticos porque no parece contemplarlo el legislador, pese a lo habitual que resulta en este sector, es el que se produce cuando quien contrata es un familiar (por ejemplo, un descendiente consanguíneo o afín) que no reside en el hogar en el que se ha de prestar el servicio (clásico ejemplo del cuidado o limpieza de la casa de los padres o madres mayores o con alguna discapacidad). No es inusual que, en estos casos, si existe un contrato escrito figure como persona empleadora una distinta de la titular del hogar. Y en tal tesitura resulta inevitable preguntarse ¿quién ostenta la condición de persona empleadora: la que formaliza el contrato o la que recibe efectivamente el servicio? La literalidad de la norma deja poco margen a la interpretación, y así parecen haberlo entendido también algunos Tribunales Superiores de Justicia, que vienen sosteniendo que será la persona que materialmente recibe la prestación la que merezca la consideración de empleadora a los efectos de imputarle las responsabilidades correspondientes o de calcular el importe de la indemnización, por ejemplo, en caso de que fallezca⁷.

La cuestión no es baladí, pues si se contrata a una persona para atender al cuidado de un familiar mayor y/o dependiente y este fallece, la indemnización a que tendrá derecho la empleada será la de un mes de salario y no, conforme a la regulación vigente, la prevista en el art. 11.2.b) del RD 1620/11 por modificación sustancial de la unidad familiar: doce días por año, con límite de seis mensualidades. No en vano, aunque obviamente el fallecimiento en este caso supone una modificación sustancial de la unidad, la decisión extintiva no podrá ser tomada por la persona empleadora fallecida y, en tanto que no tiene reconocida la condición de empleadora, la persona familiar que hubiese celebrado formalmente el contrato no estará legitimada para extinguirlo por la causa señalada. Así las cosas, y con el ánimo puesto en proteger del mejor modo posible a la persona trabajadora, convendría que el legislador dispusiese alguna regla expresa para acoger este particular supuesto, habitual como se ha dicho, en el

6 Nótese que la norma sólo excluye la prestación para personas jurídicas, lo que podría permitir entender incluida en la relación laboral especial la actividad doméstica para entes sin personalidad, como pueden ser las comunidades de bienes o incluso las sociedades irregulares. Aunque a salvo de las unidades de convivencia resulta difícil imaginar que en la mente del legislador estuviese el propósito de permitir la contratación especial para este otro tipo de unidades, por mucho que carezcan de personalidad jurídica.

7 En la Sentencia TSJ Cataluña 3436/2021, de 28 de junio, se valora precisamente la posibilidad de considerar despido la extinción por fallecimiento de la empleadora, en tanto que la demandante, empleada del hogar, que trabajaba limpiando y cuidando de una mujer mayor, alegaba estar trabajando para los hijos de esta que residían en otro domicilio, que (como quedó probado) en diversas ocasiones le habían dado instrucciones expresas (incluso con posterioridad a la muerte de su madre), pagado alguno de sus salarios, etc. Sin embargo, el Tribunal considera que la norma es muy clara en este aspecto: la verdadera empleadora es la titular del hogar para el que se había realizado el contrato (la madre, en este caso) (FJ 3.º). Por tanto, tras su muerte, el contrato se extingue por fallecimiento de la persona empleadora (art. 49.1.g) ET), generando únicamente el derecho a una indemnización de mes de salario. Si se considerase que, en efecto, los empleadores eran los hijos de la mujer, no estaríamos ante una extinción por fallecimiento, sino ante un despido que, en este caso, al no cumplir con forma alguna, podría considerarse improcedente, y acarrearía la indemnización correspondiente.

que la persona contratante y la perceptora del servicio no coinciden. De otro modo, podría suceder incluso que todas las decisiones de organización y gestión del desarrollo contractual (marcar los tiempos de trabajo, las jornadas de descanso, las actividades concretas a realizar, etc.), adoptadas por el familiar contratante perdiesen legitimidad, lo que resulta a todas luces un absurdo.

2.2. Prestaciones integradas y excluidas de la relación laboral especial

Aparte de este concreto supuesto y, por lo demás, para que la actividad desplegada tenga encaje en la relación laboral especial, ha de consistir *exclusivamente*⁸ en la ejecución de los servicios o actividades cuyo desarrollo es propio del hogar familiar/lugar de residencia, lo que alcanza a cualesquiera tareas domésticas, incluidas las de «dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos», a excepción de las tareas de cuidado (profesional o no) de personas en situación de dependencia, que se regirán por la normativa común (profesionales) o especial (cuidadores no profesionales) correspondiente.

También quedan fuera, como es lógico, las actividades de atención y cuidado del hogar que puedan llevar a cabo los propios familiares, si bien aquí la norma de 2011 supuso un cambio sustancial. Tradicionalmente este supuesto venía excluido de la legislación laboral y de Seguridad Social⁹. Pero con la integración en el año 2011 de este colectivo en el Régimen General de la Seguridad Social, dentro de un sistema especial específico, la legislación varió el régimen de exclusión, rigiendo hoy una presunción *iuris tantum* que, como el resto, admite prueba en contrario¹⁰. Por tanto, desde la perspectiva estrictamente laboral, estas prestaciones se presumen no asalariadas, sin perjuicio de la posibilidad de prueba en contrario.

-
- 8 Nótese también que «se presumirá la existencia de una única relación laboral de carácter común y, por tanto, no incluida en el ámbito de esta relación laboral de carácter especial, la relación del titular de un hogar familiar con un trabajador que, además de prestar servicios domésticos en aquél, deba realizar, con cualquier periodicidad, otros servicios ajenos al hogar familiar en actividades o empresas de cualquier carácter del empleador. Dicha presunción se entenderá salvo prueba en contrario mediante la que se acredite que la realización de estos servicios no domésticos tiene un carácter marginal o esporádico con respecto al servicio puramente doméstico».
- 9 Basta con reproducir el art. 3 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico, para constatar esta realidad. A tenor de lo dispuesto en este precepto: «Estarán excluidos del campo de aplicación de este Régimen Especial: a) El cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del cabeza de familia, por consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado, inclusive. b) Los prohijados o acogidos de hecho o de derecho [...] Dos. La exclusión que se establece en el apartado a) del número anterior no afectará a los familiares del sexo femenino de Sacerdotes célibes que convivan con ellos y que reúnan las demás condiciones exigidas, siempre que no tengan ningún empleado de hogar a su servicio. No podrá quedar comprendido en este Régimen Especial más que un solo familiar por cada Sacerdote que se encuentre en la situación prevista, sea cualquiera el número de los que con él convivan». Téngase en cuenta que el propio TC, en sentencia 109/1988, de 8 de junio, sostuvo a propósito de este concreto supuesto que el parentesco no podía considerarse en tales términos causa de discriminación porque en estos casos respondía a una situación real diferente, yendo incluso más allá que el TCT cuando en sus primeras sentencias sobre el tema aludía a prudencia legislativa para evitar fraudes (por todas, sentencia TCT 28 abril 1987, A.8740). La postura más rígida respecto a este punto se corresponde con los primeros años de vigencia del ET. Así, claramente rechazando la existencia de una presunción y sosteniendo la presencia de una prohibición, sentencias TCT 13 de octubre 1983 (A.8441), 17 octubre 1983 (A.8551), 15 noviembre 1984 (A.8688), especialmente la sentencia TCT 7 noviembre 1983 (A.9345), en la que se dijo expresamente sólo era posible prueba en contrario de la condición de asalariado distinto al empleado del hogar, porque en estos casos la exclusión era irreversible, aunque no se conviviese con el pariente (también 17 octubre 1981, A.5926, 7 marzo 1981, A.1619). Por su parte, la sentencia TCT 24 enero 1989 (A.1037) señaló que la previsión del Decreto de 1969 no se veía afectada por las definiciones del ET porque mantenía reglas propias de regulación. En similar sentido en la relación entre el Decreto y el RD de 1985 regulador de esta relación especial, sentencia TCT 6 septiembre 1988 (A.5953).
- 10 En coherencia con ello, el art. 250 LGSS, en su apartado primero, advierte hoy que «[q]uedarán comprendidos en este Sistema Especial para Empleados de Hogar los trabajadores sujetos a la relación laboral especial a que se refiere el artículo 2.1.b) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores». Lo que es tanto como

Así las cosas, hay que entender que actualmente la prestación de servicios domésticos de los familiares más próximos de la persona responsable de la familia se presumirá no laboral, aunque admitirá prueba en contrario de modo equiparable al resto de entornos productivos¹¹. Prueba que, lógicamente, se antoja particularmente compleja, pues no es sencillo aislar la actividad que para la familia se lleva a cabo a cambio de una retribución, de la que pueda desplegarse gratuitamente en el contexto de las normas internas de convivencia para el adecuado funcionamiento del hogar que se comparte. No en vano, la actividad contratada en la relación laboral especial que nos ocupa es, precisamente, la realización de las tareas domésticas que, con mayor o menor intensidad, toda persona debe hacer en su propio domicilio.

Por la misma lógica, se presumen excluidas las relaciones de colaboración y convivencia familiar, como las denominadas «a la par», mediante las que se prestan algunos servicios como cuidados de niños, la enseñanza de idiomas u otros, siempre y cuando tengan carácter marginal, a cambio de comidas, alojamiento o simples compensaciones de gastos. En este caso, la actividad no se presume laboral por faltar el binomio trabajo/retribución, siendo las cantidades que puede recibir la persona en esta situación una suerte de «dinero de bolsillo», que junto con el alojamiento y la manutención compensan la actividad de atención y enseñanza de idiomas que es la base de este particular régimen de convivencia. Dicho de otro modo, falta en esta concreta actividad el carácter asalariado que exige la relación contractual que nos ocupa, que tampoco está presente en los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, igualmente excluidos.

En todo caso, por lo que aquí más interesa, la última reforma en nada ha afectado al ámbito de aplicación de la relación laboral especial.

2.3. Fuentes reguladoras del contrato

No ha sucedido lo mismo con las fuentes rectoras de la prestación de servicios, que sí han sido modificadas por el RDL 16/2022. A día de hoy los derechos y obligaciones de las partes del contrato siguen rigiéndose, como es lógico, por el RD 1620/11, por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo (que habrá de respetar lo establecido en las disposiciones legales y en los *convenios colectivos*), por los usos y costumbres locales y profesionales y por los «convenios colectivos», si bien esta última referencia es, por el momento, una llamada en falso a un régimen jurídico, el del convenio, inexistente en nuestro país. Mucho habrían de cambiar las cosas para que pudiera ver la luz pronto un convenio colectivo en este sector pues, aun cuando admitiésemos que, al no existir representación legal de las personas trabajadoras, pudieran negociar *ex art. 88.2. párrafo segundo ET*, «las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de comunidad autónoma», faltaría una representación legitimada por la parte «patronal»¹².

remitar a la regulación reglamentaria específica, que sólo excluye las relaciones familiares si no son asalariadas, con remisión a las reglas del art. 1.3.e) ET. En efecto, el RD 1620/11 dispone en su art. 2.1. e) que «no están incluidas en el ámbito de esta relación laboral especial: e) Las relaciones concertadas entre familiares para la prestación de servicios domésticos cuando quien preste los servicios no tenga la condición de asalariado en los términos del artículo 1.3, e) del Estatuto de los Trabajadores» (no ha variado en la reforma de este Real Decreto, acometida por el RDL 16/2022). El Real Decreto 1424/1985, contenía una fórmula similar, pues el art. 2.1 disponía lo que sigue: «quedan fuera del ámbito de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar: b) las relaciones concertadas entre familiares para la prestación de servicios domésticos, cuando la parte que preste el servicio no tenga la condición de asalariado en los términos del artículo 1., tres, e), del estatuto de los trabajadores».

11 No obstante, la Seguridad Social parece seguir apostando por la aplicación de las reglas del viejo decreto para considerar personas excluidas del sistema especial del Régimen General tanto a los parientes del titular del hogar familiar por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, excepto familiares del sexo femenino de sacerdotes célibes, que convivan con ellos, y a los prohijados o acogidos de hecho o de derecho. Véase, <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/Afiliacion/10548/10562/32868#160758>.

12 A nadie se le escapa toda la problemática que acompañaría la negociación y posterior aprobación de un convenio colectivo de las personas trabajadoras de hogar. Sin embargo, en el derecho comparado podemos encontrar algunos convenios colectivos que por configurarse con un ámbito subjetivo más amplio (no limitado al servicio doméstico, en el sentido estricto del ámbito de aplicación de la norma que nos ocupa), resultan igualmente aplicables a estas personas, contribuyendo a mejorar las condiciones de todas aquellas que realizan labores de este tipo. Aún hay que aclarar que las características de los sistemas de relaciones laborales

Tampoco resulta factible, por esta misma causa, la extensión de un convenio próximo de un «sector o subsector de actividad pertenecientes al mismo o a similar ámbito funcional o con características económico-laborales equiparables...» ex RD 718/2005, de 20 de junio, por el que se aprueba el procedimiento de extensión de convenios colectivos. (art. 1 del mencionado RD) pues, si bien podría acudir, por ejemplo, a los convenios colectivos del servicio de ayuda a domicilio, la exigencia legal de que el proceso de extensión se inicie a instancia de «parte legitimada», siendo esta «los sujetos que estén legitimados para promover la negociación colectiva en el correspondiente ámbito de extensión» (art. 3) ciega, nuevamente, cualquier opción en el caso que nos ocupa¹³.

Amén de esta remisión al vacío en el caso de la negociación colectiva, el contrato se registrará también por la normativa laboral común, y aquí sí el RDL 16/2022 incorpora una novedad interesante, al dar nueva formulación de la letra b) del art. 3 del RD 1620/11, que, en coherencia con el señalado proceso de aproximación a la normativa común, sostiene que con «carácter supletorio, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación, será de aplicación la normativa laboral común». Esta llamada aparecía ya en la normativa precedente, pero con una aclaración («Expresamente no será de aplicación el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores»), que ahora se hace desaparecer. Aunque, como luego se verá, esta supresión está plagada de incertidumbres sobre la posibilidad real y efectiva de aplicar para el servicio doméstico la tutela del Fondo.

3. Formalización del contrato, pactos contractuales y régimen jurídico de la prestación del servicio: retribución, tiempo de trabajo y subrogación empresarial

3.1. Forma escrita y presunción de indefinición

En línea con lo que se acaba de señalar, la nueva normativa refuerza, en primer término, la presencia de la norma laboral común en la forma del contrato¹⁴. Ya en su momento, el original RD 1620/11 se propuso finiquitar algunas especialidades que, respecto de la forma del contrato, persistían en el Real Decreto de 1985, con la vista puesta en la paulatina equiparación al régimen común, aunque manteniendo otras reglas especiales que se explicaban por las singularidades propias de este precario contexto, asolado siempre por elevadísimas tasas de temporalidad y parcialidad.

Pues bien, el RDL 16/2022 consolida aquel propósito modificando el art. 5 del RD 1620/11, de manera que la forma del contrato habrá de adaptarse a las reglas generales del ET, y en concreto a las previsiones del art. 8 ET, que permite la contratación no escrita únicamente para los contratos indefinidos y los temporales de menos de cuatro semanas. A tenor de lo dispuesto en el apartado segundo de este precepto del ET, por lo que ahora interesa, habrá de observarse la forma escrita en los contratos formativos, los contratos a *tiempo parcial*, «fijos-discontinuos y de relevo y los contratos para la realización de una obra o servicio determinado; también cons-

de esos países distan considerablemente de los nuestros, por ejemplo, en lo que atañe a los porcentajes de afiliación sindical. Véase, por ejemplo, el caso de Suecia, donde cerca del 70 % de las personas trabajadoras están afiliadas a un sindicato, y donde, precisamente en el sector que nos concita, esta cifra cae hasta tan solo el 5-10 % (aunque aludiendo otra vez a un colectivo entendido en términos más amplio que en el de la relación laboral especial española). En este sentido, CARBONNIER, C., MOREL, N., *The political economy of household services in Europe*, Palgrave Macmillan, Londres, 2015, pp. 22 y ss.

13 Cuestión distinta sería que, en el propio contrato, se incluyese una cláusula para aplicar un convenio existente decidido libremente por las partes firmantes, aunque no sea de un sector próximo, pero es que, en tal caso, en realidad, la integración de su contenido no resultaría de la aplicación de la regla convencional de aplicación, sino del contrato como fuente de las condiciones laborales. Téngase en cuenta que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que por contrato se pacte un convenio de aplicación cuando ninguno de los vigentes incluye expresamente en su ámbito de aplicación la actividad desplegada en la comercial en cuestión. Ello con base en lo dispuesto en el art. 3.1.c) ET, en relación con los arts. 1089, 1091 y 1255 CC, pues tal pacto tiene un objeto lícito (STS 25-1-2022, Rec. 1565/2020).

14 No se ha alterado todo lo relativo al ingreso de la persona trabajadora, que podrá derivar de la contratación directa o del uso de la intermediación de los servicios públicos de empleo o de las agencias de colocación debidamente autorizadas. Siempre respetando el principio de igualdad.

tarán por escrito los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas...». Llevado esto al ámbito que nos ocupa (y sin perjuicio de la supresión del contrato de obra y servicio que incomprensiblemente sigue referenciado el ET), hay que entender que la mayoría de la contratación del servicio doméstico, en tanto que fundamentalmente a tiempo parcial, habrá de formalizarse siempre por escrito¹⁵.

Pero la reforma no se ha quedado ahí, se ha cambiado también el modo de formular la presunción de indefinición, que antes se redactaba en el apartado segundo del art. 5 del RD 1620/11 diciendo que en «...defecto de pacto escrito, el contrato de trabajo se presumirá concertado por tiempo indefinido y a jornada completa *cuando su duración sea superior a cuatro semanas*, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios», es decir, diseñando una presunción que, en principio, únicamente alcanzaba a la contratación temporal de cuatro semanas o más. Ahora se incorpora la presunción de indefinición y jornada completa para los casos en los que el contrato *no se celebra por escrito*, sin ninguna precisión más, por lo que en principio alcanza también al temporal inferior a cuatro semanas. Lo que, por cierto, excede del alcance de la presunción en el régimen común, aunque quizá no era esta la intención del legislador¹⁶.

Tampoco debe pasar desapercibida la novedosa supresión en el art. 5.4 de la llamada a la contratación de menos de cuatro semanas que antes contenía la norma respecto de la obligación de información. Antes se decía que, cuando «...la duración de la relación laboral sea superior a cuatro semanas, el trabajador deberá recibir información...», ahora se sostiene simplemente que la «persona trabajadora deberá recibir información...». Por tanto, el derecho de información que antes no asistía a las personas trabajadoras si la prestación era inferior a cuatro semanas (cuyo contrato no tenía que hacerse por escrito si era a tiempo completo), ahora sí les alcanza. Así, ya sea porque de la nueva redacción se deduce que también este contrato ha de hacerse por escrito si no se quiere presumir indefinido, ya sea porque aceptemos que (como en el régimen común) cabe la contratación verbal de menos de cuatro semanas a tiempo completo, lo que sí se reconoce en todo caso es el derecho de la persona trabajadora a recibir información básica sobre sus condiciones laborales, que deberá referirse además de a las concreciones del art. 2.2. RD 1659/1998¹⁷, a: prestaciones salariales en especie, cuando se

15 En realidad, esto no supone una novedad relevante, por cuanto el art. 5 en la regulación precedente disponía que «(d)eberá celebrarse por escrito cuando así lo exija una disposición legal para una modalidad determinada» (y siempre para los contratos temporales de cuatro semanas o más), sucediendo que la regulación específica del trabajo a tiempo parcial siempre ha impuesto la forma escrita. Por tanto, el cambio se limita a la remisión, sin más, a la norma común, haciendo desaparecer las referencias expresas a la contratación temporal de cuatro semanas o más.

16 Téngase en cuenta, en este punto, que el ET cuando alude a la *exigencia* de forma escrita excluye de la misma los contratos temporales de menos de cuatro semanas (salvo que sean a tiempo parcial), y cuando formula la presunción de indefinición general lo hace diciendo que «...*de no observarse la exigencia* de forma escrita, el contrato de trabajo *se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario* que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios». La fórmula no es exactamente igual en la nueva dicción del Real Decreto 1620/11, según el cual salvo «... prueba en contrario, *en defecto de pacto escrito*, el contrato de trabajo se presumirá concertado por tiempo indefinido y a jornada completa». Sucede así que mientras el ET aplica la presunción *sólo* para los casos de incumplimiento de la imposición legal de forma escrita (que no alcanza, como se ha dicho, a la contratación temporal de menos de cuatro semanas), el RD la aplica a *todo* supuesto de ausencia de forma escrita, resulte o no esta de una imposición legal. Podría, por tanto, pensarse que con la letra de la nueva norma si el contrato temporal (tenga la duración que tenga) no se formaliza por escrito se presumirá indefinido y a tiempo completo. Probablemente no era esta la intención del legislador, pues supone, como decíamos, ir más allá de lo que llega la norma laboral común, pero con las expresiones finalmente empleadas la conclusión puede ser la expuesta, generando ya un primer problema interpretativo, que alarga la lista de tareas pendientes que esta ley deja a los tribunales, que se verán, además, obligados a aclarar si se trata de una presunción única e indisoluble de indefinición y jornada completa o, como prevé el ET para los supuestos antes mencionados, cabe tumbar una de las presunciones de manera independiente de la otra. Para profundizar en esta cuestión, véase MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., MINCULEASA COPCEA, A., «Repaso a vista de pájaro del Real Decreto-ley 16/2022, para la mejora de las condiciones laborales y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar», *Actum Social*, n.º 185, 2022, pp. 76-82

17 Véase el Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5 ET, en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo. La información alcanza a: identidad de las partes del contrato de trabajo; fecha de comienzo de la relación laboral y, en caso de que se trate de una relación laboral temporal, la duración previsible de la misma; domicilio social de la empresa o, en su caso, el domicilio del empresario y el centro de trabajo donde el trabajador preste sus servicios habi-

haya convenido su existencia; duración y distribución de los tiempos de presencia pactados, así como el sistema de retribución o compensación de los mismos; y régimen de las pernoctas de la persona empleada de hogar en el domicilio familiar, en su caso. Con este cambio, se puede dar por culminado el proceso de transparencia e información iniciado en 2011, en tanto que, por fin, se garantiza a la persona trabajadora, sea cual sea la duración de la prestación, un conocimiento cabal de sus condiciones laborales, vía contrato o vía información específica¹⁸. Aunque debería el legislador facilitar al sujeto receptor de la prestación la observancia de este requerimiento, pues por sus singularidades puede ser plenamente ajeno a los conocimientos legales imprescindibles para su ejecución¹⁹.

En todo caso, téngase en cuenta, por lo que a la modalidad contractual se refiere, que el art. 6 del RD 1620/11, se limita a advertir que el contrato «podrá celebrarse por tiempo indefinido o por una duración determinada, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo». Por tanto, en principio, la temporalidad del contrato habrá de encontrar acomodo en las reglas generales de contratación.

3.2. Pacto de periodo de prueba

La reforma de 2022 no ha variado ninguno de los contenidos que afectan a la posibilidad de fijar periodo de prueba en este especial contrato. Por tanto, a estos efectos, debe continuar acudiéndose al art. 14 ET y al art. 6.2 del RD 1620/11, que autorizan la celebración de un pacto de prueba siempre que se haga por escrito como parte del contrato (o un pacto escrito en un contrato verbal, sin perjuicio de las presunciones que entrarían en juego, antes mencionadas, si nos encontrásemos ante un contrato de este tipo). La norma especial establece un límite de dos meses para dicho periodo (salvo que por «convenio colectivo» se pacte otra duración, opción, de momento, inmaterializable en este ámbito²⁰), añadiendo que en ese tiempo cualquiera de las partes puede resolver el contrato, con el debido respeto del preaviso pactado, que en ningún caso podrá superar el límite de siete días naturales.

Ahora bien, el hecho de que la reforma no haya tocado la temática que nos ocupa, no es óbice para que la normativa general sí haya sufrido reformas a tomar en cuenta desde la entrada en vigor del RD 1620/11. Sucede así con la reforma parcial del art. 14 ET realizada por el RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, que recuerda la nulidad de pleno derecho de «la resolución a instancia empresarial durante el periodo de prueba (...) en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere el art. 48.4 ET o, maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad». Esta previsión resulta igualmente aplicable al entorno doméstico, garantizando también a estas personas trabajadoras la protección frente a la extinción durante la gestación. Por tanto, como en el resto de contratos, la extinción durante el periodo de prueba de las mujeres embarazadas será nula, salvo que se pruebe fehacientemente que la decisión

tualmente (es decir: del hogar de prestación del servicio); cuando el trabajador preste sus servicios de forma habitual en diferentes centros de trabajo o en centros de trabajo móviles o itinerantes se harán constar estas circunstancias (piénsese por ejemplo en el empleador que tiene varias viviendas); categoría o el grupo profesional del puesto de trabajo que desempeñe el trabajador o la caracterización o la descripción resumida del mismo, en términos que permitan conocer con suficiente precisión el contenido específico del trabajo; cuantía del salario base inicial y de los complementos salariales, así como la periodicidad de su pago; duración y la distribución de la jornada ordinaria de trabajo; duración de las vacaciones y, en su caso, las modalidades de atribución y de determinación de dichas vacaciones; plazos de preaviso que, en su caso, estén obligados a respetar el empresario y el trabajador en el supuesto de extinción del contrato o, si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de determinación de dichos plazos de preaviso. La norma exige también la referencia al convenio de aplicación, pero esto en el caso del servicio doméstico, por el momento, carece de aplicación práctica.

- 18 Con ello se da además cumplimiento a las exigencias de información sobre las condiciones de empleo del art. 7 del Convenio 189 de la OIT.
- 19 Nótese en este punto la urgencia de que el Ministerio ponga a disposición de las personas empleadoras un modelo de contrato, pues los modelos que hoy están a disposición aún no están actualizados.
- 20 En todo caso, recuérdese que no bastaría, de existir una regulación convencional, una mera remisión al convenio, siendo siempre necesario pactar por escrito los términos del periodo de prueba (en este sentido, STS 5-10-01, Rec. 4438/2000).

extintiva es ajena al estado de gestación, lo que es tanto como decir que el desistimiento acasual que rige en general durante el periodo de prueba no funciona en estos casos, obligando a la persona empleadora a explicitar la causa del cese²¹.

3.3. Régimen jurídico de la prestación efectiva del servicio: retribución, tiempo de trabajo y subrogación empresarial

Tampoco ha sido objeto de modificación todo lo relativo al régimen jurídico de la prestación de servicios, en cuanto a la retribución²² (recogida en el art. 8 del RD 1620/11) o al tiempo de trabajo que, por lo demás, aunque cuenta con algunas particularidades, en términos globales tampoco se aleja excesivamente del régimen común²³. En esta línea, lo primero que debería recordarse es que el salario mínimo interprofesional es aplicable también a estas personas, sin perjuicio de que se pueda mejorar «por pacto individual o colectivo», pero siempre atendiendo a las singularidades que para este concreto colectivo se viene previendo en las anuales normas reguladoras de este salario, que tradicionalmente lo han formulado por horas, así el Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022, formula las reglas de aplicación a este colectivo en su art. 4.2²⁴.

Por lo demás, el abono del salario se somete a reglas especiales, que atienden particularmente a la retribución en especie, tan habitual en este ámbito mediante la manutención o el alojamiento pero que, claramente, el Real Decreto 152/2022 deja al margen del cómputo del SMI²⁵ (incluidas las pagas extraordinarias), como también lo hace la propia norma especial, advirtiendo también que la suma de los diversos conceptos que se consideran salario en especie a descontar del importe final del salario, no pueden superar un porcentaje de rebaja del 30 %²⁶.

21 En realidad, la incorporación de esta regla en 2019 no supuso una novedad, en tanto que cualquier decisión discriminatoria ya contaba con esta calificación de nulidad radical. Siendo, así las cosas, habría que estar a lo dicho sobre la posible nulidad del desistimiento no causal en la regulación previa, pues la jurisprudencia tendía a equiparar este régimen precisamente al del periodo de prueba. Quizás podría ahora equipararse a la inversa, especialmente respecto a la nulidad. En este sentido, VILLALBA SÁNCHEZ, A., «La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato», *Revista CEF de Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 470, 2022.

22 En cuanto a la retribución se refiere, es también de obligada mención la reciente Directiva 2022/2041, sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. En lo que respecta a las personas trabajadoras del hogar, esta Directiva podría resultar de interés en tanto que este colectivo podría calificarse, como recientemente hace la doctrina, como «trabajadores pobres» y, precisamente, esta busca que, con salarios mínimos, se pueda garantizar «unas condiciones de vida y de trabajo dignas». A este respecto, véase MARTÍNEZ MORENO, C., «El riesgo de exclusión social de los trabajadores pobres: análisis de las reglas jurídicas conectadas con este nuevo fenómeno» en MORENO GENÉ, J., FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., (Dir.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 181-215. Sobre la Directiva en este sentido, ÁLVAREZ ALONSO, D., «Salarios mínimos en la Unión Europea: propuesta de Directiva e implicaciones para España», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 151, 2021, pp. 33 y ss.

23 Tampoco ha variado en modo alguno lo relativo a la documentación del salario, que sigue alcanzando al derecho de la persona trabajadora a que se le entregue un recibo individual y justificativo del pago del mismo, en la forma acordada entre las partes o, en su defecto, conforme a lo señalado en el art. 29.1 ET. En la misma línea dicha para las obligaciones de información, el Ministerio debe facilitar estos formularios de recibos.

24 Así, cuando se presten servicios «a una misma empresa [por tiempo que] no excedan de ciento veinte días» — habrá de entenderse que la referencia a una misma empresa, desplazada a nuestro régimen, sería a una misma persona empleadora —, el salario mínimo será de 7,82 euros por hora efectivamente trabajada. Esta cuantía no se corresponde simplemente a un prorrateo del salario mínimo mensual, sino que ya incluye «la retribución de los domingos y festivos, así como de las dos gratificaciones extraordinarias a que, como mínimo, tiene derecho toda persona trabajadora, correspondientes al salario de treinta días en cada una de ellas». Sin embargo, parece que la Tesorería General de la Seguridad Social utiliza como criterio general ese mínimo de 7,82 euros brutos por hora, para todas las personas trabajadoras que no presten sus servicios a tiempo completo. Ello claramente entra en conflicto con la norma, pues se trata de una cuantía que siempre va a ser más alta que la que se pueda obtener prorrateando el salario mensual en base a las horas trabajadas y que, en todo caso, no se trata de un cálculo correcto cuando no estemos ante personas que trabajan menos de ciento veinte días al año.

25 Según el art. 4.3: «En las cuantías del salario mínimo por días u horas fijadas en los apartados anteriores se computa únicamente la retribución en dinero, sin que el salario en especie pueda, en ningún caso, dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero de aquellas».

26 Nótese, por otra parte, que los incrementos salariales deberán determinarse por acuerdo entre las partes,

Como se ha dicho, tampoco ha sido objeto de modificación alguna el régimen jurídico del tiempo de trabajo, que continuará siendo de cuarenta horas semanales máximo, de trabajo efectivo (sin perjuicio de los tiempos de presencia, a disposición del empleador, que pudieran acordarse entre las partes y que habrá de compensarse específicamente²⁷), conforme al horario fijado por las partes, siguiendo las horas extraordinarias el régimen laboral común, con respeto del derecho a un descanso mínimo de doce horas entre jornada y jornada (diez si se trata de personal interno, compensando el resto hasta doce horas en períodos de hasta cuatro semanas), y de treinta y seis horas consecutiva semanales, así como las fiestas y permisos comunes. Se mantiene también en los mismos términos el derecho a vacaciones anuales retribuidas de treinta días naturales, que podrá fraccionarse en dos o más períodos, si bien al menos uno de ellos será, como mínimo, de quince días naturales consecutivos; y los límites establecidos para los menores de dieciocho años, que serán los del ET en esta materia.

Siguen también reguladas del mismo modo las reglas de conservación del contrato en caso de subrogación contractual por cambio de la persona empleadora, que sólo procederá previo acuerdo de las partes, presumiéndose este cuando la persona empleada de hogar siga prestando servicios, al menos, durante siete días en el mismo domicilio, pese a haber variado la titularidad del hogar familiar. Tampoco hay cambios en lo referente a la conservación del empleo en caso de traslado del hogar a otra localidad, ni en lo atinente al derecho de la persona interna a permanecer alojada en el domicilio un mínimo de treinta días, salvo que, por prescripción facultativa, se recomiende su hospitalización, cuando se produzca la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal.

4. Extinción contractual

4.1. Causas generales y causas especiales de extinción causal

El RDL 16/2022 ha modificado sustancialmente la regulación de la extinción contractual, convirtiéndose precisamente ese cambio en una de las cuestiones más mediáticas de la reforma, en particular, la supuesta eliminación de la vía extintiva del desistimiento, que hasta ahora permitía a la persona empleadora extinguir el contrato sin tener siquiera que alegar una causa, ya fuese esta más o menos cierta²⁸. Ahora bien, esa supuesta supresión, visto con detenimiento, es más aparente que real, pese a la intensa reforma de la dicción del art. 11 del RD 1620/11.

Lo que sí parece incontestable es que, en principio, a partir de ahora la extinción del contrato ha de ser necesariamente causal, en el sentido de fundamentada en alguna causa concreta, de la que se debe dar cuenta en la comunicación de la decisión extintiva. Para catalogar las causas legales de extinción debe hacerse una lectura acompañada del RD 1620/11 y del ET. No en vano, el primero de los apartados del art. 11 remite a las causas generales de extinción del art. 49.1 ET, con la única advertencia de que la entrada del precepto común lo será salvo en lo que sea incompatible. Ello supone permitir el despido por mutuo acuerdo, causas no abusivas consignadas en el contrato, expiración del plazo convenido (o reincorporación de la persona en caso de interinidad), dimisión de la persona trabajadora, muerte, jubilación, incapacidad o gran invalidez de esa misma persona o de la empleadora, fuerza mayor, extinción causal de la persona trabajadora y despido.

aunque la norma aclara que en defecto de acuerdo se aplicará un incremento salarial anual igual al incremento salarial medio pactado en los convenios colectivos según la publicación de la Subdirección General de Estadística del Ministerio de Trabajo e Inmigración del mes en que se completen doce consecutivos de prestación de servicios.

- 27 Salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, las horas de presencia no podrán exceder de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes y se retribuirán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias.
- 28 Esta supresión no debe asumirse como un acto de gracia del legislador. En realidad, hace décadas que la desaparición del desistimiento, al menos tal y como se formulaba en el RD 1620/11, era una tarea pendiente, en concreto, desde que nuestro país había ratificado en abril de 1985 el convenio 158 de la OIT (1982), que exige una causa justificada para la extinción por iniciativa del empleador, sin autorizar expresamente su desplazamiento para el servicio doméstico.

Esta inicial remisión, que no se contenía antes en los mismos términos en la norma especial, tiene una trascendencia indudable en la configuración misma del régimen extintivo de esta prestación de servicios. Pues conlleva la aceptación del despido objetivo, hasta ahora excluido en este ámbito de actividad. Ciertamente, en la regulación previa se excluían expresamente la aplicación a esta relación laboral de tres apartados del art. 49 ET: las letras h) —fuerza mayor—, i) —despido colectivo— y l) —causas objetivas—²⁹. Obviamente, la letra i), relativa al despido colectivo, no puede tener cabida en este entorno, pero el apartado l) y, en particular, las causas objetivas del art. 52 ET, sí, entendiéndose por tanto ahora justificativas de la decisión extintiva.

En síntesis, y prescindiendo ahora de otras disquisiciones, la persona trabajadora en el entorno doméstico puede ser *despedida* disciplinaria u objetivamente. El primero de los despidos seguirá la suerte de causas, formalidades y consecuencias previstas en el ET, el segundo en tanto que puede, sin duda, generar muchas dudas interpretativas se configura ahora de forma específica, en cierta medida trasladando algunos supuestos de este precepto al contexto que nos ocupa. Así, dispone el art. 11.2 del RD 1620/11 que, además de por las causas comunes del ET, la extinción podrá producirse por alguna de las siguientes causas, siempre que estén justificadas: disminución de los ingresos de la unidad familiar o el incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida (pérdida del trabajo o declaración de incapacidad, por ejemplo); o modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifiquen la extinción (asunción de las tareas por entidad pública, cambio en las necesidades de cuidado de algún miembro de la unidad familiar, ruptura matrimonial, por ejemplo)³⁰.

Estas circunstancias, lógicamente, habrán de justificarse en atención a elementos valorables objetivamente, aunque la falta de precedentes en su consideración obligará, sin duda, en los próximos tiempos, a nuestros tribunales a un intenso esfuerzo interpretativo. Es cierto que el precepto a estas dos circunstancias añade una tercera, relativa al comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora³¹. Pero, la valoración de esta tercera causa extintiva, por mucho que se enumera a continuación de las otras señaladas, ha de separarse de aquellas. Las primeras dos causas encuentran su fundamento en hechos o acontecimientos ajenos a la persona trabajadora e independientes de esta, aludiendo, más bien, en las necesidades y situaciones que afectan al sujeto empleador y/o su unidad familiar. Por ello, parecen un intento de acomodar al servicio doméstico las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (en adelante, ETOP) que pueden justificar un despido objetivo. Precisamente por la realidad incontestable de que el hogar familiar no puede responder a las reglas empresariales comunes de identificación de las dificultades ETOP. Para cubrir esa incompatibilidad, la norma diseña dos causas ajustadas a las dificultades económicas u organizativas que con naturalidad pueden emerger en el hogar³².

29 Esta exclusión, que el legislador parecía justificar en una supuesta incompatibilidad natural, resultaba ciertamente difícil de comprender cuando la propia norma, en otros tiempos, sí permitía e incluso contemplaba algunas de estas vías de extinción. Es este el caso de la primera de las letras que nos concierne, la h), la fuerza mayor, a la que el art. 9.8 del RD 1424/1985 aludía expresamente como posible causa extintiva.

30 No está contemplado aún en nuestra legislación cómo puede afectar un supuesto de crisis matrimonial a la relación laboral, aún sin entrar en el impacto que ello podría tener en la solvencia de la persona empleadora (pues dejaremos ese aspecto aparcado hasta el próximo epígrafe). Así, en un supuesto de divorcio o separación, con cambio de domicilio de una de las personas titulares del hogar, ¿se extingue la relación laboral? ¿A través de qué vía? ¿Y si una de las personas titulares fallece? Las consecuencias de optar por una u otra solución son sustancialmente dispares y, por tanto, deberían constituir una prioridad del legislador, en tanto que pueden dejar desamparada a la persona trabajadora ante situaciones de necesidad, riesgo que siempre se corre cuando la norma se aleja de la realidad.

31 Habrá que entender que la pérdida de confianza por conducta de la persona empleadora no tiene la gravedad necesaria para justificar el despido disciplinario, que de ser procedente no conllevará indemnización, que, sin embargo, sí se reconoce para la pérdida de confianza.

32 Cabe presumir que la primera causa exigirá una disminución de ingresos o aumento de gastos relevante, y no una mera fluctuación que no afecte a la capacidad de la unidad familiar de sostener dicha contratación. Sin embargo, tampoco puede ser de tal entidad que deje a la persona empleadora en una situación de insolvencia, pues en dicho caso entraría en juego la nueva regla de responsabilidad del FOGASA. Por otro lado, la segunda causa, bastante común, se correspondería mayoritariamente con aquellas situaciones en las que desaparece la situación que había propiciado la prestación de dicho servicio.

La tercera de las causas, por su parte, deriva del comportamiento de la persona empleada y, por ello, como se explicará a continuación, constituye, en realidad, el mantenimiento del desistimiento, si bien ahora causal, frente al acausal previo.

En todo caso, no se olvide que la alusión a estas concretas causas no obsta el juego de las generales del despido objetivo en lo que resulte compatible. Por tanto, el resto de las causas justificativas de un despido objetivo (por ejemplo, ineptitud sobrevenida), pueden emplearse igualmente para justificar la decisión extintiva procedente de la persona empleada.

4.2. Alcance del novedoso desistimiento causal. Distinción de la causalidad del desistimiento y del despido disciplinario

Tal como se acaba de señalar, la tercera y última de las causas específicas de extinción no puede considerarse un despido objetivo, pero tampoco puede guardar relación con conductas justificativas de un despido disciplinario, pues este ha de seguir la misma suerte que el común de la legislación laboral ordinaria. A la espera de que la jurisprudencia proporcione rudimentos para su adecuada interpretación, que desde luego están plenamente ausentes en la dicción de la norma, la nueva causa parece pensada para permitir la extinción del contrato cuando la persona trabajadora tiene un comportamiento inapropiado, a los ojos del receptor del servicio, pero que no alcanza la consideración de una falta laboral de tanta gravedad que pueda sancionarse con un despido disciplinario. No se olvide, en este sentido, que un despido disciplinario procedente carece de compensación indemnizatoria para la persona despedida, mientras que el que ahora nos ocupa da derecho a una indemnización cuya cuantía coincide con la que se reconoce para el resto de causas específicas de despido objetivo (doce días).

Por tanto, la conducta generadora de la decisión extintiva ha de ser de gravedad menor, aunque la exigencia de fundamento causal debe entenderse en el sentido de no bastar la alegación de circunstancias de menor entidad que no superen los filtros de la mínima justificación que exige la reforma. De otro modo, no se trata de buscar una excusa, sino de justificar en una causa «objetiva suficiente» la pérdida de confianza, de otro modo no se estaría dejando atrás el desistimiento acausal, sino simplemente disfrazándolo. En realidad, lo que la norma hace es sustituir el desistimiento acausal previo por uno causal, cimentado en la pérdida justificada de la confianza.

La cuestión está en decidir qué comportamientos de gravedad intermedia (no justificativos del despido disciplinario, pero tampoco constitutivos de nimiedades intrascendentes, que pueda considerarse extinciones injustificadas o meras excusas), pueden integrarse en la nueva causa extintiva. De nuevo aquí la tarea que el legislador deja a nuestros tribunales es francamente comprometida, especialmente si se tiene en cuenta que habrán de construir doctrina de cero, desligada del desistimiento acausal vigente hasta ahora³³. Y nótese que las consecuencias que haya de tener esta futura doctrina judicial son francamente relevantes, pues si la decisión extintiva no supera el test de la justificación que la norma impone el despido podrá considerarse improcedente, y entonces ya no dará derecho a la indemnización menor que el legislador le asigna, sino la ordinaria que el ET prevé para los despidos improcedentes³⁴.

33 El desistimiento justificado por pérdida de confianza existe ya en nuestro ordenamiento jurídico, en particular, se contempla en el art. 23 del RD 1331/2006, de 17 de noviembre, que regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos. Sin embargo, en pocas ocasiones ha llegado esta cuestión a los tribunales, y además mal puede servir como referencia para el contexto que nos ocupa, por la divergencia existente entre la confianza en el abogado y la propia de la persona que desarrolla su actividad en el entorno más íntimo y privado del ser humano (el hogar). De todos modos, por si pudieran ser de interés, puede hacerse mención a las siguientes sentencias del TSJ de Madrid sobre el desistimiento causal de letrados: STSJ de Madrid 720/2014, de 22 de septiembre; 639/2014, de 14 de julio (considera proceden el despido sustentado en la pérdida de confianza en «discrepancias en el modo de proceder profesional», pues el abogado despedido «había aplicado un criterio distinto al que, según el entender de la titularidad del despacho, se debiera de haber aplicado»); y 749/2008, de 20 de octubre (de una abogada en un despacho que es despedida, en teoría a través de esta vía, pero sin dar cumplimiento a las formalidades que ello requiere, lo que lleva a este Tribunal a una declaración de improcedencia del despido, aunque no aborda el contenido de la pérdida de confianza en la que se basan, por lo que esta sentencia tampoco nos ilustra en ese sentido).

34 Nótese que el apartado segundo del art. 11 al enunciar estas nuevas causas lo hace «sin perjuicio de lo anterior» que, como se recordará, remitía a la regulación laboral común.

Por tanto, si se opta por alguna de las causas comunes del despido objetivo, habrá de justificarse conforme a las reglas generales y siguiendo las exigencias del ET, incluida la puesta a disposición de una indemnización de veinte días. Por el contrario, si se opta por la extinción objetiva especial (nuevas causas), la persona empleadora deberá seguir los mandatos del precepto (forma escrita, preaviso y licencia), que básicamente se corresponden con las reglas generales del despido objetivo y que se formulaban ya, por cierto, para el desistimiento acausal en la normativa anterior³⁵. De hacerlo así, la indemnización a abonar no será la propia del despido objetivo común, sino una especial reducida de doce días con un máximo de seis mensualidades. Es decir, la que antes se preveía para el desistimiento libre.

A tenor de lo dicho, resulta sencillo concluir que en realidad el desistimiento no ha desaparecido, sino que se ha convertido en causal. El resto de trámites, exigencias y consecuencias indemnizatorias, antes ligada al desistimiento libre, siguen siendo las mismas (no se eleva el importe de la indemnización, ni ninguna otra novedad se añade a la tramitación prevista antes de la reforma). Por tanto, la única novedad es que ahora habrá de justificarse la causa por la que se ha perdido la confianza en la persona trabajadora, que antes podía existir y no exteriorizarse o, simplemente, ni existir, siendo bastante con que la persona empleadora no quiera, por lo que fuese, continuar recibiendo esos servicios. Nótese en este sentido que la justificación del desistimiento causal no requiere la misma intensidad que el despido disciplinario, por lo que puede suceder que la persona empleadora que tenga dudas sobre si la causa por la que decide poner fin a la relación contractual presenta gravedad suficiente para fundamentar un despido disciplinario procedente, prefiera optar por el desistimiento causal con indemnización de doce días, cuya prueba necesariamente ha de ser más ligera³⁶.

Eso sí, la nueva formulación del desistimiento debe resultar acorde con las reglas generales que en materia de extinción contractual preservan los derechos fundamentales. Por tanto, la justificada pérdida de confianza no puede esconder una situación relacionada, por ejemplo, con el embarazo o la maternidad. En efecto, parece lógico entender que si el desistimiento causal es en realidad una reacción extintiva a una situación de las dichas (embarazo/maternidad), la consecuencia será la nulidad de la decisión, lo que en la regulación pre-

35 En efecto, el nuevo art. 11 de RD 1620/11, contempla exactamente las mismas consecuencias y condiciones del despido que su antecesor: comunicación por escrito, una indemnización de doce días por año de servicio con el límite de seis mensualidades y una licencia de seis horas para personas trabajadoras a tiempo completo, con el fin de poder buscar un nuevo empleo. En esta línea, puede resultar de interés la STS 14-02-2022, Rec. 4897/2018, que considera improcedente un despido «tácito», en un supuesto en el cual, tras una discusión, la persona trabajadora había abandonado el hogar en el cual trabajaba y, posteriormente, había sido dada de baja por la persona empleadora, sin dar cumplimiento a exigencia alguna de forma. Podemos entender que, tras el RDL, aun pudiendo justificarse en cuanto al contenido este desistimiento causal, sería igualmente improcedente por inobservancia de las exigencias expuestas.

36 En este punto concreto, se antoja de máximo interés la jurisprudencia más reciente sobre los medios de prueba de los que puede hacer uso la persona empleadora para justificar el despido disciplinario de la empleada de hogar. En particular la STS 22-07-2022, Rec. 701/2021, referida al despido de una trabajadora que había sido grabada robando dinero y joyas de amplia cuantía. Lo que se debate en este caso es si la prueba de videovigilancia aportada por la empleadora para justificar el despido de la empleada de hogar debió ser tomada en consideración en tanto que no había habido información sobre el particular, tratándose, por tanto, de una cámara oculta. En concreto, la cámara se había puesto enfocando hacia al armario en el que estaba la caja fuerte, sin informar a la empleada de su instalación. Lógicamente la cuestión es si tal ausencia de información convierte o no en ilícita la prueba. Si la prueba se consideraba ilícita y, por tanto, no se tomaba en consideración, el despido no podría calificarse de procedente por falta de acervo probatorio. La Sala ofrece una magistral lectura de la conocida STEDH 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II) a propósito de la vigilancia «encubierta», es decir, de la licitud de una prueba cuando se incumple el deber ordinario de información. La sentencia recuerda que en Ribalda II se advierte que «si bien no puede aceptar que la mínima sospecha de robos u otras irregularidades cometidas por los empleados, pueda justificar la instalación de un sistema de videovigilancia encubierta por parte del empleador, la existencia de sospechas razonables de que se habían cometido graves irregularidades, y el alcance de los robos constatados en el presente asunto, pueden parecer una justificación seria». Circunstancia que concurría en el caso de autos, en tanto que días antes la familia había sufrido un importante robo y sospechaban de la trabajadora. Por tanto, se puede admitir la instalación no informada de cámaras cuando concorra una imperativa protección de intereses públicos o privados que no pueda protegerse de otro modo. Y esto es lo que entiende la Sala que concurre en este caso concreto. Añadiendo un argumento de sumo interés; es al empresario a quien le corresponde «la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo» (artículo 105.1 LRJS), empresario que es también titular del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE), por lo que lógicamente tiene que disponer del derecho a utilizar «los medios de prueba pertinentes para su defensa».

via, en la que no se exigía justificación alguna para el desistimiento, generaba ciertas dudas interpretativas³⁷. Es cierto que la nulidad tiene unas consecuencias, la readmisión básicamente, que pueden resultar poco compatibles con las singularidades del entorno familiar, en el que necesariamente ha de imperar la confianza en la persona prestadora del servicio, pudiendo la obligada readmisión quebrantar el derecho a la privacidad y a la intimidad. Pero en realidad la dificultad puede superarse mediante la aplicación del art. 286 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que permite la excepcional sustitución de la readmisión por la indemnización³⁸. Es más, cabría en estos casos añadir a la indemnización ordinaria del despido improcedente a la que parece remitir el precepto, una adicional, por lesión del derecho fundamental, especialmente tras la nueva regulación en materia de igualdad³⁹.

5. Protección frente a la insolvencia y al desempleo

5.1. Alcance de la responsabilidad del FOGASA

Otra de las grandes novedades de la nueva regulación es la protección vía el Fondo de Garantía Salarial (en adelante, FOGASA) de estas personas frente a la insolvencia de la persona empleadora, hasta ahora excluida para ellas. Ahora bien, esta entrada exige un reajuste de grandes dimensiones, que no se ha producido aún, no en vano, la estructura e idiosincrasia de este instrumento de protección está pensada para la insolvencia empresarial, y el entorno del hogar es meridianamente ajeno a esas reglas empresariales. Por el momento, el legislador se ha limitado a hacer los ajustes necesarios para recaudar la cotización por esta contingencia, desde ahora exigible⁴⁰. Pero el resto de cuestiones quedan pendientes, nótese que se reconoce el derecho de las personas trabajadoras de beneficiarse de las prestaciones correspondientes

-
- 37 La jurisprudencia ha sido muy reticente a considerar despido nulo el desistimiento en estos casos, toda vez que el RD 1620/11 no prevé la nulidad del despido. Sin embargo, estos supuestos obstáculos casan mal con la consideración de nulidad radical que debe atribuirse a toda decisión contraria a los derechos fundamentales, máxime si se ve comprometido el derecho a la igualdad por razón de sexo que proclama el art. 14 de la CE, particularmente a raíz de la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Así lo ha venido entendiendo parte de nuestra doctrina, razonando que este desistimiento sin causa había de tener en todo caso una serie de límites infranqueables. Así, hay que considerar posibles vicios que puedan afectar a la declaración de la voluntad, pero también tiene que estar fundamentado este desistimiento en una razón lícita. Si bien, con la regulación previa, no era posible fiscalizar la causa, en sentido más amplio, del desistimiento, es evidente que, incluso en dicho supuesto, no era posible incurrir en una violación de derechos humanos o fundamentales, por lo que, «cabe reconocer al desistimiento "ad nutum" del empleador doméstico límites análogos a los que determinan la nulidad en el ordenamiento laboral común respecto de decisiones extintivas causales, como el despido disciplinario o la extinción por causas objetivas» (CUEVA PUENTE, C., *La relación laboral especial de los empleados de hogar*, Lex Nova, Madrid, 2007, pp. 418 y ss.).
- 38 La norma prevé que el propio juez declare extinta la relación laboral y el abono a la persona trabajadora de las indemnizaciones correspondientes. Si nos encontramos ante una nulidad por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, la propia trabajadora podrá optar por esta vía alternativa. Pero, en cualquier caso, los propios Tribunales han llegado a reconocer, con anterioridad a la reforma, tanto la nulidad (en un supuesto de una trabajadora embarazada) como la readmisión inmediata (STSJ de Andalucía, de 14 de junio de 2022, rec. 3149/2020). En otras ocasiones en las que el supuesto desistimiento de una trabajadora embarazada ha sido finalmente calificado como despido nulo (STS 11-01-2022, Rec. 2099/19), hemos perdido la oportunidad de obtener una valoración por parte del Tribunal Supremo respecto a la procedencia de la readmisión, pues fue pactada la exclusión de esta por las partes.
- 39 Recuérdese la nueva Ley de igualdad de trato, cuyo art. 27, ante una situación discriminatoria presume el daño moral, indicando además los criterios a valorar para la cuantificación económica de este. De todas formas, habrá que esperar a ver cómo gestionan los tribunales esta situación.
- 40 Con este fin, el art. 4 modifica el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, para incorporar una nueva obligación de cotización a este Fondo para las personas empleadoras, desde el 1 de octubre, y por el porcentaje ordinario del 0,2 %. Lógicamente, a esta cotización le resultan de aplicación las mismas bonificaciones antes analizadas para el desempleo.

de la cobertura indemnizatoria en los casos de insolvencia o concurso de las personas empleadoras⁴¹, pero no se aclara cómo y cuándo puede entenderse que la unidad familiar se encuentra en alguna de estas situaciones⁴².

Es más, el nivel de tutela no se corresponde con el general del resto de personas asalariadas, pues el alcance de la responsabilidad asumida por el FOGASA es inferior al regir el límite de seis mensualidades, toda vez que la norma no alcanza a delimitar o definir la insolvencia familiar a estos efectos⁴³.

5.2. Protección por desempleo (alcance y reglas de cotización)

Junto a la supresión del desistimiento, la otra medida de la reforma que más atención mediática ha merecido es el reconocimiento, por primera vez, a salvo de la situación pandémica⁴⁴, de la prestación por desempleo a este colectivo, que trae causa directa en la ya citada sentencia del TJUE 24 de febrero de 2022⁴⁵. Obviamente, este derecho ha de acompañarse de dos reformas imprescindibles de la LGSS.

-
- 41 Así, el artículo quinto opera, por su parte, las modificaciones necesarias en el Real Decreto 1620/11, de 14 de noviembre, para que se eliminen las diferencias injustificadas en las condiciones de trabajo de las personas incluidas en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar con relación al resto de personas trabajadoras por cuenta ajena. En concreto, se modifica el artículo 3.b) del RD 1620/11, a fin de que resulte aplicable a las personas trabajadoras de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar lo establecido en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores con relación a la intervención del Fondo de Garantía Salarial.
- 42 Es verdad que se razona, en este sentido, en la Exposición de Motivos de la norma que la exclusión de la cobertura dispensada por el FOGASA a las personas trabajadoras en el hogar era una diferencia de trato injustificada, dado que en la actualidad es posible la declaración de insolvencia de las unidades familiares por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Pero la Exposición de Motivos de una norma no puede generar contenido normativo alguno, y en el texto legal ninguna concreción se hace sobre cuándo, cómo y para qué casos la situación económica de la familiar o de la persona empleadora podría activar el nuevo mecanismo de protección, y desde luego no resulta ni de lejos factible aplicar sin más las previsiones de la Ley de la segunda oportunidad, pensadas, por cierto, para otro género de coyunturas. Cuesta creer, además, que el legislador, que en todo momento ha tenido en mente la ahora aplicación del art. 33 del ET, no ha valorado siquiera la modificación del resto de sus apartados para hacer frente a esta nueva situación. Todo el procedimiento y la condición de insolvencia necesaria que contempla este precepto no acaba de encajar y adaptarse a la realidad del empleador de una persona trabajadora del hogar familiar. Ello sin perjuicio del resto de normas concursales y procesales que afectan colosalmente a esta cuestión y que tampoco parecen haber sido contempladas.
- 43 Si la situación no resultase por sí sola extraña, la ausencia de aplazamiento en la entrada en vigor de la norma en este punto y de llamada al imprescindible desarrollo reglamentario, convierte en estrambótico el contexto resultante, colocando a los jueces llamados a reconocer o denegar el derecho, nuevamente, en un escenario de máxima inseguridad jurídica. Todo ello sin olvidar que, desde que vio la luz la famosa sentencia del TJUE previamente mencionada, y nació la reciente reforma de esta relación laboral especial, hemos recorrido un oscuro túnel en aquel entretanto, que dio lugar a algunas sentencias de lo más llamativas, que han llegado a reconocer la protección de FOGASA, basándose precisamente en lo dicho por el Tribunal de la Unión, a trabajadoras que, por razones evidentes, no habían cotizado por ello. Es este el caso de la sentencia del juzgado de lo social n 32 de Barcelona 91/2022, de 14 de marzo.
- 44 No se puede olvidar el subsidio extraordinario por falta de actividad para trabajadoras del hogar, aprobado por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 que, en cualquier caso, solo supuso un ligero parche al problema que ahora le tocaba solucionar al legislador, de forma ya permanente. Ya ha sido abordada esta cuestión en mayor profundidad en VILLALBA SÁNCHEZ, A., «La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato», *Revista CEF de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 470, 2022, pp. 47-76.
- 45 Esta sentencia considera contrario al Derecho de la Unión Europea privar a este colectivo del acceso a la señalada prestación, básicamente por su incontestable feminización, fruto en buena medida de las singularidades de la actividad y del consiguiente arrastre de los roles de género al hogar ajeno. Por tanto, la razón de ser de la decisión del tribunal de la Unión no se refiere tanto al reconocimiento o no de una prestación de Seguridad Social a ciertos trabajadores, cuanto a la trascendencia discriminatoria por razón de sexo que esa denegación puede tener. En efecto, negar sin otra justificación aparente (más allá de la singularidad del receptor del servicio y de la, en teoría, mayor facilidad del fraude en el este especial entorno) el derecho a desempleo a las «empleadas de hogar» (el propio lenguaje común desvela la realidad del sector), pese a estar incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social, puede contravenirla normativa comunitaria de tutela del derecho a la no discriminación por razón de sexo (en concreto, la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978). Es posible que también el art. 14 del Convenio 189 de la OIT (recientemente ratificado), cuando dis-

La primera, la desaparición de la exclusión que venía rigiendo. En este sentido, la norma elimina la exclusión expresa que antes contenía el art. 251.d) LGSS de la protección por desempleo de estas personas, y a la par reconoce entre los supuestos que dan lugar a una situación legal de desempleo, a tenor de lo dispuesto en el art. 267.8.º de la LGSS, la extinción de la relación laboral por alguna de las causas del art. 11.2 del RD 1620/11, completando así el marco normativo de esta nueva previsión. Es decir, la extinción que da derecho a la prestación será la común del régimen general (resto de apartados del art. 267, que ahora les resulta aplicable: despido objetivo, muerte o incapacidad del empresario, extinción durante el periodo de prueba conforme a las exigencias legales, etc.), o la especial incorporada en sustitución del desistimiento acausal.

La segunda reforma se refiere a la modulación de la cotización por la nueva contingencia⁴⁶, que será obligatoria desde el día 1 de octubre de 2022, aunque con una suerte de régimen transitorio específico para las personas con contratos vigentes y actividad reducida⁴⁷. En efecto, para los contratos previos en los que las personas empleadas por varios empleadores hubieran asumido ellas mismas las obligaciones en materia de cotización (en lugar de la empleadora), esta obligación de cotización no rige hasta el 1 de enero de 2023⁴⁸. Aunque la técnica legislativa empleada resulta reprobable, pues la regla aparece en la disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley, pero sin añadir ninguna aclaración sobre cómo debe cotizarse por las contingencias de desempleo y FOGASA desde el 1 de octubre para estos casos, en los que la cotización venía siendo asumida por la propia persona trabajadora⁴⁹. Téngase en cuenta que el art. 15 de la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023, fija las bases de cotización en el

pone expresamente que los Gobiernos adoptarán «medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones *no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social*» haya tenido algo que ver en esta cuestión.

- 46 El reconocimiento se acompaña de un cambio en el régimen de cotización, en tanto que esta no incluía hasta la fecha la cuota de recaudación conjunta por desempleo. Pues, el nuevo derecho, por supuesto, ha de venir y viene, de la mano de una obligación de cotizar por dicha contingencia. Así, la persona empleadora tendrá que asumir un 5 % y la trabajadora un 1,05 %, alcanzando un total de un 6,05 % de la base de cotización por contingencias profesionales (que es la que rige la cotización por recaudación conjunta).
- 47 En efecto, la nueva regla cotizatoria obliga a todas las personas trabajadoras y empleadoras independientemente del número de horas mensuales de trabajo respecto de los contratos que se formalicen a partir de su entrada en vigor, y también para aquellos contratos previos para prestar servicios por menos de 60 horas mensuales con asunción por las personas empleadoras de las obligaciones en materia de cotización. Para nuevos y antiguos contratos (entiéndase como referencia la fecha de entrada en vigor de esta norma), de más de 60 horas mensuales, la obligación de cotizar por estas «nuevas» contingencias (FOGASA y desempleo), comienza el 1 de octubre de 2022.
- 48 En este sentido, recuérdese que, hasta la fecha el apartado 2 del artículo 43 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de personas trabajadoras en la Seguridad Social, permitía un acuerdo entre la persona empleadora y la empleada por el cual esta última asumía la gestión de la cotización. Esta opción desaparece ahora en la nueva norma. La consecuencia de tal supresión es que, a partir de ahora, la obligación de cotización y la gestión correspondiente corresponde al empleador, que deberá comunicar a la TGSS los datos a tal fin. Como se venía diciendo, esta obligación funcionará desde la entrada en vigor del RDL 16/2022, para las contrataciones que se lleven a cabo a partir de esa fecha, con la excepción previamente mencionada de aquellas personas empleadas que venían asumiendo esa gestión, en cuyo caso habría de esperarse al 1 de enero de 2023. No obstante, es curioso destacar que, aferrándose a la literalidad de la norma, el precepto anterior solamente parecía permitir la gestión por la persona trabajadora de las cotizaciones cuando tuviese varios empleadores, si bien la práctica ha podido ir por otros caminos.
- 49 Resulta difícil aceptar que haya de ser esta la que asuma hasta enero esa cotización adicional, pues de ser así quienes ya se encuentran de por sí en una situación de mayor vulnerabilidad y menor protección, verían injustamente acrecentada su cotización (en su parte y en la no asumida por la persona empleadora hasta 2023). Pero tampoco es sencillo asumir que el propio legislador acepta que la práctica totalidad de estas personas no tenía regularizada su situación y por tanto no ingresaban cotización alguna. Paralelamente, téngase en cuenta que con efectos 1 de enero de 2023, queda derogada la disposición adicional 24.ª LGSS que, precisamente, excluía de los beneficios en la cotización a los empleadores del hogar que no se hiciesen cargo directo del cumplimiento de las obligaciones en materia de encuadramiento, cotización y recaudación. Nótese que el pacto de asunción de la gestión de la cotización en estos casos no eximía a la parte empresarial del coste de la cotización correspondiente, por lo que había que entender que ese importe debía abonarse a la persona trabajadora para que ella procediese a realizar las gestiones oportunas de ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social. En lógica coherencia con ello, la señalada disposición les privaba de los beneficios de cotización.

servicio doméstico en atención a los ingresos de la persona trabajadora aplicables a partir del 1 de enero de 2023, añadiendo, por ejemplo, que les será igualmente aplicable la cotización del mecanismo de equidad intergeneracional, pero sin hacer aclaraciones sobre esta cuestión. Por su parte, el art. 33 de esta misma norma formula reglas para la cotización por la contingencia de desempleo y por el Fondo de Garantía Salarial por estas personas.

En todo caso, consciente del impacto que en las personas empleadoras puede tener la nueva obligación de cotizar por desempleo (también por FOGASA), el legislador ha procurado hacer el tránsito lo menos traumático posible, evitando así el recurso al empleo sumergido, ofertando, en la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley, una serie de atractivas bonificaciones⁵⁰. Las primeras bonificaciones previstas son bonificaciones generales del 20 % y del 80 % que alcanzan a todas las personas empleadoras, independientemente de la fecha de celebración del contrato (ya sea previo o posterior a la nueva norma), y tiene, a su vez, dos manifestaciones, la primera incluye una reducción del 20 % respecto de la cotización por contingencias comunes y, la segunda una bonificación del 80 % para las «nuevas» cotizaciones por desempleo y FOGASA (reiteradas en la Orden de cotización de 2023).

Por otro lado, con el claro propósito de fomentar el alta en la Seguridad Social de nuevas personas trabajadoras (o, con mayor probabilidad, de trabajadoras que no estuviesen de alta previamente), aun cuando la situación económica familiar no sea boyante, la norma establece unas bonificaciones especiales para la cotización empresarial por contingencias comunes, cuyo importe concreto se sitúa en una horquilla entre el 30 % y el 45 %.

Ahora bien, dos cosas requieren precisión respecto de esta bonificación especial, la primera que es una bonificación *alternativa* a la general del 20 % respecto a la cotización por contingencias comunes, por tanto, no son acumulables. Sí resulta compatible, sin embargo, con la bonificación del 80 % para las nuevas cotizaciones. La segunda cuestión, que el acceso a estas bonificaciones alternativas queda limitado a las personas empleadoras que acrediten situarse por debajo de un umbral de renta y/o patrimonio.

Estas bonificaciones⁵¹ serán aplicables respecto a cada persona empleada por cada persona empleadora que, además, se limitan a una única empleada por persona empleadora. En otras palabras, una persona empleadora que tenga contratadas a varias personas trabajadoras en este régimen solamente se podrá beneficiar de estas bonificaciones adicionales o alternativas respecto de la primera de ellas que figure en alta, mientras que una persona empleada podrá generar para múltiples empleadores el derecho a acceder a este descuento.

50 Esta estrategia no es nueva ni en nuestro ordenamiento jurídico ni en otros cercanos, y menos en tiempos recientes. Así en Francia, ya en el año 1991, se contemplaban una serie de incentivos fiscales y exenciones, en Alemania, en 2006, e incluso en algunos países nórdicos. Uno de los objetivos principales de ello ha sido, por ejemplo, en Suecia, reducir notablemente la cantidad de personas trabajadoras en este sector no dadas de alta. En nuestro caso, si bien el RDL no parece contemplar y admitir este problema de modo expreso estas bonificaciones están claramente orientadas a ello. Quizás podríamos adelantarnos a acontecimientos futuros recordando que, tras la reforma correspondiente en Suecia con esta cuestión en mente, si bien aumentó notablemente la cantidad de personas trabajadoras de alta, solamente disminuyó ligeramente el trabajo sin declarar. Pues, como parece olvidar a ratos nuestro legislador, ningún régimen se libra, y menos este, de verse atravesado por otras normas y realidades de nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, difícilmente va a reducirse el trabajo al servicio del hogar sin alta en la seguridad social de las personas extranjeras en situación irregular si el legislador no les otorga otros mecanismos más flexibles que les permita trabajar legalmente. Véase CARBONNIER, C., MOREL, N., *The political economy of household services in Europe*, Palgrave Macmillan, 2015, p. 136 y ss.

51 La norma también hace referencia, en la disposición transitoria tercera, al régimen transitorio de mantenimiento de los beneficios por la contratación de cuidadores en familias numerosas. De esta manera, persisten las bonificaciones de las que se vinieran beneficiando estas familias (a fecha de abril de 2023) *ex* Ley 40/2003, de 18 de noviembre: «Las bonificaciones por la contratación de cuidadores en familias numerosas que se estuvieran aplicando el 1 de abril de 2023, en los términos previstos en el artículo 9 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, mantendrán su vigencia hasta la fecha de efectos de la baja de los cuidadores que den derecho a las mismas en el Régimen General de la Seguridad Social» (regla que con unos u otros términos repite la Orden de cotización de 2023). No obstante, debe tenerse en cuenta que estas bonificaciones específicas serán incompatibles con las nuevas bonificaciones antes mencionadas, tanto las generales para las nuevas y viejas cotizaciones, como las adicionales o alternativas pendientes de desarrollo reglamentario. Hay que entender, por ende, que las familias numerosas habrán de optar entre sus bonificaciones específicas y las nuevas de la norma (las generales desde octubre, las adicionales desde abril del próximo año).

Resulta ciertamente curioso también, y quedará por ver sus posibles consecuencias prácticas, el efecto que pueda tener esta cuestión en el ámbito de la extranjería. Como se venía diciendo, habrá que esperar al desarrollo reglamentario y los mínimos y máximos de renta y patrimonio que pueda establecer. En particular, podría darse el caso de una contratación que solo haya sido posible en términos económicos debido a esta bonificación adicional y que, sin embargo, no supere los filtros de solvencia que puedan hacer las Oficinas de Extranjería correspondientes para aceptar el contrato de trabajo para la regulación administrativa de aquellas personas extranjeras que opten por un arraigo social (art. 124.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009).

6. Temas aplazados (prevención de riesgos) y valoración final

El nuevo estatuto jurídico del personal que nos ocupa depara también novedades en materia preventiva, pero con efectos aplazados a un futuro más bien incierto. Así, se modifica la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁵² (en adelante, LPRL), para suprimir el apartado 4 del artículo 3 y añadir una nueva disposición adicional decimoctava, a fin de garantizar a través del correspondiente desarrollo reglamentario, un nivel de protección de la seguridad y salud de las personas al servicio del hogar familiar equivalente a la de cualquier otra persona trabajadora, especialmente por lo que respecta a la prevención de la violencia contra las mujeres. El análisis de esta cuestión habrá de hacerse también con la mente puesta en otras normas recientes, la ley de igualdad de trato y la ley de libertad sexual⁵³, particularmente.

En cuanto a la primera reforma apuntada, hasta ahora la LPRL excluía expresamente esta relación laboral especial de su ámbito de aplicación, sin perjuicio de un mandato genérico al titular del hogar de cuidar «[...] que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene»⁵⁴. Ahora, con la supresión de este precepto, el abanico de mecanismos preventivos de la norma alcanza igualmente al entorno doméstico, aunque habrá que ver cómo se gestiona esta extensión en la práctica, siendo esencial, como exige también el Convenio 189 OIT en su art. 17.3 (además del también genérico derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable del art. 13 de este), una mención expresa a las condiciones para el acceso al domicilio familiar de la Inspección de Trabajo, a fin de conciliar la misión de esta de comprobar y garantizar el cumplimiento de la normativa de riesgos laborales con el «debido respeto a la privacidad»⁵⁵. A buen seguro ello exigirá la reforma de la Ley 23/2015, de 21 de

52 La disposición final primera incorpora una modificación de la disposición adicional quinta de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, por la cual se regula la Fundación Estatal para la Prevención de Riesgos Laborales, para aclarar los extremos relativos a la financiación de la fundación, la elaboración de las bases y convocatorias, el desarrollo de las acciones previstas en los ámbitos territoriales y las organizaciones beneficiarias de las subvenciones, en la línea apuntada por la recomendación del Tribunal de Cuentas.

53 La ley de libertad sexual, por su parte, menciona, a lo largo y ancho de su articulado, la prevención de las violencias sexuales en el ámbito laboral. Ya en su art. 1.3.b) habla de sensibilización y formalización en este, que posteriormente desarrolla detalladamente en su art. 12. Así, establece una serie de obligaciones y sugerencias (con los famosos «deberán» y «podrán») que, sin embargo, solamente están destinadas a empresas. No podemos encontrar mención alguna a este sector, pese a su particular vulnerabilidad, en toda la norma. Omisión que, inevitablemente, choca con el preámbulo del Convenio 189 OIT, que nos recuerda que «los convenios y las recomendaciones internacionales del trabajo se aplican a todos los trabajadores, *incluidos los trabajadores domésticos*, a menos que se disponga otra cosa». Cuestión que debería ser evidente e indudable y que, sin embargo, no parece haberle quedado claro al legislador estatal en ningún momento. Ha de entenderse que ello incluye el Convenio 190 OIT, sobre la violencia y el acoso, recientemente ratificado por España. Su propio art. 3.a) habla del lugar de trabajo «inclusive en los espacios públicos y *privados* cuando son un lugar de trabajo», por si hubiese quedado algún atisbo de duda rondando la mente del legislador español.

54 Dicha exclusión no era tampoco arbitraria, sino que se trasladaba de la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo que, lamentablemente, dejaba al margen de su concepto de trabajador a aquellos al servicio del hogar familiar.

55 Ha de recordarse también que el art. 4.2.c) del Convenio 190 OIT menciona expresamente la prevención de la violencia y el acoso en el trabajo. La otra cara de la moneda la encontramos en su apartado h), que habla de «garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos de los casos de violencia y acoso, incluyendo a través de la inspección del trabajo o de otros organismos competentes».

julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuyo art. 13, relativo a las facultades de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, establece expresamente la necesidad de autorización judicial (o, evidentemente, consentimiento expreso) para entrar al domicilio de una persona física, sin que a tal fin pueda bastar una mera previsión en el desarrollo reglamentario.

Por otro lado, téngase en cuenta que igualmente ha quedado intacto el art. 7.2 del RD 1620/11, que se recrea otra vez en aquel deber genérico (en esta ocasión, ligeramente menos genérico), de «cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico». Indicando, además, que «el incumplimiento grave de estas obligaciones será justa causa de dimisión del empleado». La lectura acompañada de esta regla con el nuevo espíritu de la norma obliga a preguntarse qué consecuencias tiene el incumplimiento por parte del empleador de sus obligaciones respecto a la prevención de riesgos, y en particular si de su inobservancia puede derivar un recargo de prestaciones. Amén de lo que pueda resultar del consiguiente desarrollo reglamentario al que ya se aludió, a día de hoy es difícil pensar que de la literalidad del art. 7.2, que simplemente abre la puerta del empleado a una dimisión, combinada con la persistente exclusión de la aplicación del art. 167 LGSS a este colectivo, pueda derivarse la imputación de un recargo de prestaciones, por mucho que en alguna ocasión (no para este ámbito) la jurisprudencia haya construido su reconocimiento sobre un incumplimiento del deber genérico de protección⁵⁶.

A la misma conclusión lleva la declaración de inaplicación a este ámbito de las responsabilidades por culpa del art. 251.c LGSS⁵⁷, que permanece intacta pese a la integración del servicio doméstico en el régimen general y la ya remota cotización por contingencias profesionales de este personal⁵⁸. Así las cosas, resulta difícil creer que no está en la voluntad del legislador excluir todas estas responsabilidades empresariales, precisamente por las particularidades del hogar familiar y la persona empleadora⁵⁹.

Por otro lado, la disposición adicional cuarta establece el compromiso de creación de una comisión de estudio cuyo objetivo es la inclusión de la perspectiva de género en el cuadro de enfermedades profesionales regulado en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, a efectos de que se identifiquen y se corrijan las deficiencias que existen en el ámbito de la protección ante las enfermedades profesionales de los trabajos desarrollados mayoritariamente por mujeres. Nótese que se alude a la creación de una comisión de estudio, que a su vez valore cómo integrar la perspectiva de género en la regulación de las enfermedades profesionales. Algo tan necesario como inaplazable, que se aplaza por el momento.

En síntesis, no se puede dudar de la buena intención que ha movido la reformulación del estatuto jurídico del servicio doméstico, pero tampoco de las dimensiones del cosmos de incertidumbres que habrán de despejar nuestros tribunales en los próximos tiempos, sin disponer de certezas para poder hacerlo con una mínima seguridad jurídica. Demasiadas cuestiones clave

56 Es el caso de la STS 14-09-2016, Rec. 846/15. En más profundidad ver: MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «El recargo de prestaciones y su compleja convivencia procesal con las responsabilidades penales y administrativas derivadas de accidente de trabajo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 138, 2018, pp. 483-516.

57 BENITO BENÍTEZ, M. A., «El Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar», *Brief AEDTSS*, 2022.

58 Véase la disposición adicional quincuagésima tercera LGSS, añadida por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado.

59 La doctrina judicial, por su parte, es extremadamente escasa y tampoco nos aclara esta cuestión. La STSJ de Castilla La Mancha, 358/2022, de 25 de febrero, tras el fallecimiento de un trabajador del hogar en tiempo y lugar de trabajo, valora si cabe imponer responsabilidad empresarial. El propio Tribunal ve la incoherencia en nuestro ordenamiento jurídico, recalando que, mientras que el RD 1620/11 incluye la previsión mencionada anteriormente, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales excluye (ahora ya podemos hablar en pasado) de su ámbito de aplicación esta relación laboral especial. Sin embargo, sin atreverse a entrar a resolver este conflicto y determinar si cabe o no la imposición de tal responsabilidad, directamente lo descarta por no concurrir «los fundamentos (...) al ser necesaria la existencia de algún tipo de culpa en la actuación del empleador para reconocimiento para el éxito de la pretensión entablada» (FJ 4.º).

han quedado en el aire, pendientes de un futuro desarrollo reglamentario, que es difícil prever cuándo se producirán. Además, no pocos de los temas que el legislador parece haber dado por resueltos requieren de considerables ajustes que, sin embargo, no parecen estar previstos.

Sin duda, la situación de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar habrá de mejorar con esta norma, pero aún quedará mucho por andar hasta llegar a una equiparación real de condiciones laborales y de protección social respecto del resto de asalariadas. Por tanto, no resulta difícil vaticinar que el estatuto jurídico que en las líneas precedentes ha intentado bosquejarse habrá de ser objeto de ajustes, reformas, desarrollos y aditamentos a lo largo de los próximos meses. Esperemos, simplemente, que la espera no se haga demasiado larga y que, mientras, sean nuestros tribunales los que vayan iluminado el sendero a seguir, pues por el momento este aún tiene muchas zonas de penumbra.

XII.

PLANES DE IGUALDAD Y PROTOCOLOS DE ACOSO: UNA VISIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL ACTUAL.

Marcos Óscar Martínez Álvarez
Graduado Social

1. Introducción

Tradicionalmente el acoso se ha estudiado diferenciando entre tres tipos: el acoso moral, el acoso sexual y el acoso discriminatorio.

En lo que respecta a las garantías y protecciones existentes en la actualidad relacionadas con el acoso laboral, encontramos medidas en el ámbito empresarial: prevención de riesgos laborales (fundamentalmente riesgos psicosociales), códigos de conducta, planes de igualdad, protocolos, formación en diversidad, etc.; en el ámbito administrativo a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y en el ámbito judicial bajo la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical y de los demás derechos fundamentales¹.

Desde marzo de 2022² es necesario que las empresas de más de 50 trabajadores cuenten con un plan de igualdad, no obstante, por los datos publicados y debido a la intensificación de las actuaciones por parte de la Inspección de Trabajo en esta materia³, las multas a empresas por incumplir, o no contar, con un plan de igualdad se multiplican exponencialmente en los últimos años. Por si esto fuese poco, las recientes actualizaciones del marco normativo realizadas por la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación⁴, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual⁵ y la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garan-

1 El art. 177 y siguientes de la LRJS regulan la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical y de los demás derechos fundamentales. Este es el cauce procesal para el ejercicio de acciones tendentes a la neutralización y reparación del acoso moral, como expresión que es de la vulneración de derechos fundamentales de la persona y de la dignidad personal.

2 La D. T. 12.^a de la LOI regula la aplicación paulatina de los artículos 45 y 46 en la redacción por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

3 No cumplir con las obligaciones que en materia de igualdad establecidas en el Estatuto de los Trabajadores o convenio colectivo puede dar lugar a sanciones económicas con multas entre 626 euros y 6.250 euros en caso considerarse grave o de entre 6.251 euros a 187.515 euros en caso de considerarse muy graves. Igualmente, la norma contempla la pérdida automática de ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción y la exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses (arts. 7.13, 8.13 y 8.13 bis y 40 de la LISOS).

4 BOE de 13/07/2022.

5 BOE de 07/09/2022.

tía de los derechos de las personas LGTBI⁶, suponen nuevas obligaciones para las empresas, también, siguiendo el objeto de este artículo, en el establecimiento de medidas para prevenir y actuar frente al acoso y la discriminación.

Siendo consciente del esfuerzo realizado para la adaptación a las obligaciones que han ido surgiendo en torno al principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales⁷, he creído útil aprovechar esta publicación para repasar el marco normativo actual y sus obligaciones, la conceptualización del plan de igualdad y sus medidas frente al acoso, la necesidad de un protocolo para la prevención y el tratamiento del acoso sexual y por razón de sexo y las nuevas obligaciones relacionadas con la integración de la orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género. Todo ello con el humilde objetivo de ayudar frente a la dispersión normativa existente en la materia y, de paso, intentar aportar algo de luz sobre los puntos ciegos de las normas en materia de negociación e implantación de estas medidas.

Para finalizar, repasaré algunos fallos que me parecen relevantes y muestran las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales frente a la existencia (o inexistencia) de protocolos frente al acoso en las organizaciones y que refuerzan, bajo mi punto de vista, la necesidad de contar con protocolos claros, útiles, actualizados y operativos en la materia.

2. Análisis del actual marco normativo y sus novedades

El acoso laboral en las empresas es un problema que necesariamente debe abordarse desde la prevención⁸, dado que evitar o reducir el riesgo de un entorno en que se pueda originar una situación de acoso es la mejor protección para los trabajadores. Igualmente, para las empresas ofrecer a sus trabajadores un entorno seguro y establecer reglas de actuación en eventuales situaciones de acoso redundan en beneficio propio, tanto por mejorar el clima laboral como, en último término, por las responsabilidades y sanciones a que se enfrenta el empresario en estas situaciones.

Partiendo de que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, dentro del marco normativo del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales y la configuración de los planes de igualdad encontramos normativa en distintos ámbitos⁹:

a) Ámbito nacional

En el ámbito nacional, la **Constitución española** reconoce como derechos fundamentales la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), la igualdad y la no discriminación por razón de sexo en sentido amplio (art. 14), el derecho a la vida y a la integridad física y moral, así como a no ser sometidos a tratos degradantes (art. 15), el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). El artículo 35.1 incorpora a su vez, el derecho a la no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Además en su artículo 9.2 dispone que: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» y el artículo 10.1 impone a los poderes públicos el deber de proteger la dignidad de la persona que se ve afectada por tratos discriminatorios.

La **Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**, incorpora modificaciones legislativas sustanciales para avanzar hacia esa igualdad efectiva y

6 BOE de 01/03/2023.

7 A modo de ejemplo del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre y Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre: registros retributivos; auditoría retributiva; sistema de valoración de puestos de trabajo, el derecho de información de los trabajadores, etc.

8 STSJ de Madrid n.º 339/2023, de 30 de marzo del 2023, ECLI:ES:TSJM:2023:3173.

9 Implantación de un plan de igualdad. Paso a Paso. 2.ª ed. Editorial Colex.

establece medidas transversales en todos los órdenes de la vida, con el fin de erradicar las discriminaciones contra las mujeres, además de adecuarse al marco normativo comunitario y a los objetivos más avanzados en materia de transversalidad de género formulados por las distintas instituciones de la Unión Europea. Esta norma (y sus posteriores reglamentos) es a la que debemos atenernos en aspectos como la prohibición expresa del acoso sexual y el acoso por razón de sexo¹⁰ y a la hora de conceptualizar y aplicar los planes de igualdad¹¹.

La **Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación**, tiene por objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación. A pesar de no modificar directamente ninguna normativa laboral, de su regulación¹² podemos destacar su incidencia sobre el empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, en aspectos como:

- **Prohibición de toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad.**
- **Se atribuye a las personas empleadoras la responsabilidad patrimonial y reparación del daño** «cuando la discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección y no hayan cumplido las obligaciones previstas en el apartado 1 del artículo 25».
- Como protección frente a la discriminación se obliga a la **aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias.**
- **Definiciones de la discriminación directa e indirecta, por asociación y por error.**
- **Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena.**
- **Negociación colectiva.**
- **Se podrán establecer medidas de acción positiva** para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo.
- **Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo por cuenta propia.** No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones (por las causas previstas en esta ley) en el acceso al ejercicio y en el desarrollo de una actividad por cuenta propia.
- **Se recoge el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación.** También se establecen sanciones accesorias y la posible sustitución de las mismas por la prestación de su cooperación personal no retribuida en actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo, o en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas de los actos de discriminación; por la asistencia a cursos de formación o a sesiones individualizadas, o por cualquier otra medida alternativa que tenga la finalidad de sensibilizar al infractor sobre la igualdad de trato y la no discriminación, y de reparar el daño moral de las víctimas y de los grupos afectados.

Con efectos de 07/10/2022, la **Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS)**, en su art. 12, fija una serie de pautas para promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

La **Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI** (en vigor desde el 02/03/2023), ha supuesto, entre otras¹³, las siguientes novedades en el ámbito laboral:

La inclusión en nuestro ordenamiento jurídicos de tres causas de discriminación en las relaciones laborales: «orientación e identidad sexual», «expresión de género» y «características sexuales».

10 Arts. 7, 8, 48 y 62 de la LOI.

11 Arts. 45-49 de la LOI.

12 Arts. 3; 4; 6; 9; 10; 11; 12; 25-39; 46-52 y D. A. 5.ª de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

13 «Aspectos en el ámbito laboral de la Ley 4/2023, de 28 de febrero». *Revista Collex*. 02/03/2023.

- La necesidad de contar con un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI.
- Nuevas infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales.

El **Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público**, aplicable a las empleadas y empleados públicos que trabajen en la Administración General del Estado (AGE) tipifica como falta muy grave «toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral» [art. 95.2. b)].

El *Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo*, considera infracción en materia de prevención la ausencia de evaluación y de adopción de medidas preventivas de la violencia de género en el ámbito laboral.

En el caso del **Código Penal**¹⁴, tras la modificación normativa realizada con efectos de **07/10/2022**, se considera acoso sexual «El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses».

Corresponde a la **negociación colectiva** establecer medidas para detectar y corregir posibles riesgos para la salud de las trabajadoras, en especial de las mujeres embarazadas, así como acciones contra los posibles casos de acoso moral, sexual y por razón de sexo, para lo que se consensuarán medidas preventivas, formativas de sensibilización, tutela, y el estableciendo protocolos.

En última instancia, corresponderá a la negociación colectiva, «(...) el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres». (Art. 85.1 (párrafo segundo) ET).

Asimismo, el **Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo**, hace referencia a la necesidad de todas las empresas de respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, la de adoptar, previa negociación, medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, así como promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo.

Para lo anterior, el RD 901/2020 obliga a un diagnóstico previo sobre la prevención del acoso sexual y por razón de sexo en la empresa e instaura el depósito «voluntario» de las medidas adoptadas conforme a los arts. 45.1 y 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, así como las medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

De conformidad con lo previsto en la normativa analiza hasta este momento, al art. 4.4 de la **Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia**, obliga a las empresas donde exista esta modalidad de prestación de servicios a tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral. En la elaboración de medidas para la protección de las víctimas de violencia de género, deberán tenerse

14 Art. 184 del Código Penal.

especialmente en cuenta, dentro de la capacidad de actuación empresarial en este ámbito, las posibles consecuencias y particularidades de esta forma de prestación de servicios en aras a la protección y garantía de derechos sociolaborales de estas personas.

La **Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social**, señala en su art. 2.e) que la competencia para conocer las reclamaciones de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcionarial, estatutaria o laboral, corresponde al orden social.

«e) Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcionarial, estatutaria o laboral; y siempre sin perjuicio de las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones».

El acoso sexual también se encuentra regulado en el **Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social** (artículo 8); en la **Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa** [artículo 19.1.i)] y en la **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil** (artículo 11 bis) en materia de legitimación; en el **Estatuto de los Trabajadores** [arts. 4.2.e), y 54.2] y en la **Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad** (artículo 18.9).

b) Ámbito Comunitario

En el ámbito Comunitario, a pesar de continuar sin redactarse la esperada Directiva sobre acoso moral en el trabajo¹⁵, otras formas de violencia en el trabajo han sido objeto de atención. Ya la **Recomendación de la Comisión 92/131/CEE, de 27 de noviembre** de la Comisión de las Comunidades Europeas, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incorporaba un anexo donde se contenía el Código de Conducta para prevenir el acoso sexual en el trabajo.

La posterior Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que ha sido objeto de refundición en la más reciente **Directiva 2006/54/CE**¹⁶, define tanto el acoso sexual como el acoso por razón de sexo, considerándolos discriminatorios, sexistas y prohibidos y estableciendo la obligación de los Estados miembros de alentar al empresariado y responsables del acceso a la formación y a adoptar medidas para la prevención.

La **Comunicación de la Comisión sobre el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo (COM (2007) 686 final)** firmado por los agentes sociales europeos habla de diferentes tipos de acoso en función de su proyección y efectos, de su exteriorización, de los sujetos implicados y de su materialización.

En cuanto al acoso discriminatorio, aparece definido y asimismo regulado en términos semejantes de prohibición y prevención, tanto en la **Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000**, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, como en la **Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000**, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que contempla la no discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Recientemente la **Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023** por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución

15 ÁNGEL QUIROGA, M. «Acoso moral en el trabajo: de su construcción jurisprudencial a una necesaria regulación legal». *FORO Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva Época*. 2018.

16 Recoge las definiciones de acoso sexual, acoso por razón de sexo y otras cuestiones horizontales aplicables a toda conducta o acto discriminatorio en la materia que nos ocupa.

entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, ha incorporado nuevas obligaciones de las empresas en materia de igualdad retributiva. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el **7 de junio de 2026**¹⁷.

c) Ámbito internacional

En el ámbito internacional, encontramos el **Convenio n.º 111 de la OIT** contra la discriminación en el empleo y la **Recomendación general n.º 19** sobre violencia contra la mujer.

3. Relación entre los planes de igualdad y los protocolos contra el acoso

Todas las empresas, con independencia de su tamaño tienen la obligación legal de establecer medidas de actuación, protección y prevención frente al acoso sexual y por razón de sexo, cuyo incumplimiento supone una infracción del ordenamiento jurídico. No obstante, como evidencia la dispersión normativa tratada, tanto la regulación del acoso, como sus medidas preventivas, son un tema complejo.

Tal y como se establece en la LOI¹⁸:

«1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital.

Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.

2. Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, con especial atención al acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital, mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos».

La obligación, por tanto, implica **evitar el riesgo de situaciones de acoso sexual y contar con canales de denuncia y formas de actuación definidas**. Pero no basta con una actuación disciplinaria, pues la misma llega cuando el daño ya se ha materializado. Es necesario prevenir el acoso y la violencia en su origen, estableciendo al efecto, según recomiendan en especial las normas comunitarias a las que se ha hecho referencia, un procedimiento informal de solución.

Los planes de igualdad contendrán un conjunto ordenado de medidas evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Con carácter previo se elaborará un **diagnóstico** sobre una serie de materias¹⁹, entre las que se encuentra la prevención del acoso sexual y por razón de sexo. Es decir, por mandato legal es obligatorio el análisis de este aspecto dentro de un área propia donde se desarrollan las actuaciones en esta materia²⁰. La tendencia general de los planes de igualdad es, por un lado, proponer como medida a cumplir la elaboración y puesta en marcha de un protocolo frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en su ámbito, y, por otro, impulsar acciones de sensibilización y formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal²¹.

17 Publicada la Directiva (UE) 2023/970: nuevas normas sobre transparencia retributiva y obligación de informar en las ofertas de empleo. Noticias Iberley. 18/05/2023.

18 Art. 48.

19 Art. 46 de la LOI y «Contenido y materias a tratar en los planes de igualdad de las empresas». Iberley. 24/02/2021

20 A pesar de que, por ejemplo, determinadas acciones como sensibilización, concienciación, información o formación incluidas en el plan de igualdad se extiendan a otros del diagnóstico.

21 *Protocolo para la prevención y el tratamiento del acoso sexual y/o por razón de sexo en el trabajo. Paso a paso*. Colex. 1.ª edición 2021.

Cuando la empresa tenga plan de igualdad, el protocolo de prevención y actuación frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo formará parte del mismo, pero, si la empresa no cuenta con plan de igualdad, podrá contar con protocolo de prevención y actuación ante situación de acoso sexual y acoso por razón de sexo, registrándolo ante la autoridad laboral competente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 del RD 901/2020, de 13 de octubre y en la D. A. 2.ª del RD 713/2010, de 28 de mayo²².

También es interesante recordar que desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales el acoso está considerado un riesgo de índole psicosocial²³ por lo que, como ante cualquier riesgo, las organizaciones tienen la obligación legal de prevenir, evaluar y adoptar las medidas necesarias para su control y/o eliminación²⁴.

Dado que la normativa de los planes de igualdad es anterior a las **Leyes 15/2022, de 12 de julio y 4/2023, de 28 de febrero**, todas las especificaciones se entienden dirigidas al acoso sexual o acoso por razón de género²⁵, lo que implica, a falta de un tratamiento normativo común —que hubiese sido lo deseable—, la aparición de nuevas formalidades dentro del *compliance* laboral.

4. Protocolo para la prevención y el tratamiento del acoso sexual y por razón de sexo

En el supuesto de que una persona trabajadora reclame judicialmente frente una situación de acoso dentro del ámbito laboral, se generará una inversión de la carga de la prueba, siendo la parte demandada (empresa por lo general) la obligada a acreditar la inexistencia de una vulneración de un derecho fundamental²⁶. Esta situación, si no existe un protocolo de prevención, será la que encienda todas las alertas en una organización y supone saber (al menos en un primer momento) qué ha pasado, qué medidas existían en la empresa para evitar esta situación y cómo se ha reaccionado.

El establecimiento de un protocolo para prevenir y controlar situaciones de acoso en la empresa, así como la aplicación de medidas correctoras y preventivas para minimizar el riesgo psicosocial —lo que podríamos denominar de «acción-reacción»—, será el que determine el alcance y responsabilidad de la empresa en cada caso, ya que, cuando una situación de acoso llega al juzgado de lo social o a la inspección de trabajo, lo que se hará será verificar (o sancionar) la actuación preventiva establecida y su eficacia.

La opacidad de la norma en relación a la negociación, contenido o implantación de estos protocolos se ha venido supliendo en los distintos ámbitos de negociación atendiendo al origen de la implantación de la medida. De esta forma, para establecer un marco estandarizado con respecto a este tema, se recomienda incluir un protocolo o manual para prevenir el acoso en los **planes de igualdad**, negociado de acuerdo con el Real Decreto 901/2020²⁷. De igual forma, la existencia de obligación de negociar este documento en cualquier cláusula o artículo de los **convenios colectivos** aplicables permitirá fijar la negociación del protocolo en el ámbito del convenio.

Además, las empresas deberán tomar en cuenta la violencia sexual dentro de los **riesgos laborales** concurrentes [art. 33.1 b) de la LPRL y art. 12.1 de la LOGILS], lo que obliga al empresario a consultar a las personas trabajadoras, con la debida antelación, la adopción de las deci-

22 *Manual de referencia para la prevención y actuación frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el ámbito laboral*. Instituto de las mujeres. Octubre de 2021.

23 Haciendo referencia a la inexistencia de una definición legal de riesgo psicosocial: SIERRA HERNÁIZ, E. *La delimitación jurisprudencial del concepto de acoso moral en el ordenamiento jurídico comunitario y español*. 2006.

24 *Guía para la elaboración e implantación de un protocolo de acoso en la empresa*. Gabinete de PRL de la confederación de empresarios de Málaga (CEM). 2019.

25 Como se aprecia en las disposiciones aplicables para la elaboración del diagnóstico existentes en el Anexo.7 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre.

26 Art. 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

27 El procedimiento de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo formará parte de la negociación del plan de igualdad conforme al artículo 46.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo y Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre.

siones relativas a: «(...) La organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos profesionales en la empresa, incluida la designación de los trabajadores encargados de dichas actividades o el recurso a un servicio de prevención externo»²⁸.

El modo más recomendable para realizar un tratamiento contra el acoso en la organización será el impulso de un protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, que incluya, como mínimo, una serie de puntos²⁹:

a) **Posicionamiento de la empresa frente al acoso.** Debe materializarse un compromiso de tolerancia cero ante cualquier tipo de acoso. Distintos autores señalan la declaración de principios como un primer paso en el reconocimiento del derecho a no sufrir acoso sexual o por razón de sexo³⁰.

Como es lógico, esta declaración habría de comunicarse a todas las personas que integran la organización para su conocimiento³¹.

b) **Concepto y tipificación del acoso.** Todos los protocolos publicados ofrecen definiciones generales para aquellas conductas consideradas como indeseables. Estas definiciones incluyen el acoso sexual, el acoso por razón de sexo, el chantaje sexual, el acoso sexual ambiental y el acoso moral, así como los comportamientos verbales, no verbales o físicos, etc.³².

c) **Recursos humanos, técnicos y materiales destinados.** El protocolo deberá prever un organismo específico para la prevención del acoso, encargado de estudiar, recibir denuncias y realizar la investigación de los distintos supuestos que puedan darse. Por lo general, la infraestructura específica se configura dentro de los comités de prevención, comités de seguridad y salud, así como mediante los comités de investigación designados de forma imparcial para cada caso.

d) **Cauces de denuncia (formal e informal) con total respeto a la protección de datos tanto de la víctima como del presunto culpable.** Los principios en los que el protocolo de actuación se basa son la eficacia y efectividad de los procedimientos, así como la celeridad y la confidencialidad de los trámites.

Las empresas deberán arbitrar procedimientos específicos de prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital (art. 12 de la LOGILS). Nuevamente encontramos un silencio total sobre el cauce específico de estas denuncias³³ traducido, en la práctica, en dos posibles cauces³⁴:

– **Procedimientos informales de resolución alternativa de conflictos.** La premisa inicial, y que siempre debemos tener presente, es el objetivo de conseguir un cese inme-

28 La *NTP 507: Acoso sexual en el trabajo del INSSST*, aborda la problemática del acoso sexual en el lugar de trabajo. Siguiendo las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Comisión Europea sobre esta materia se ofrece una definición y clasificación del acoso sexual y se propone una serie de medidas preventivas y de actuación

29 Tomando como referencia el Convenio Colectivo sobre Prevención y Solución de Reclamaciones en Materia de Acoso Sexual entre la OIT y el sindicato de la OIT. PÉREZ BILBAO, J.; NOGAREDA CUIXART, C.; MARTÍN DAZA, F.; SANCHO FIGUEROA, T. *Mobbing, violencia física y acoso sexual riesgos derivados de las relaciones interpersonales en el trabajo segunda edición actualizada*. MTAS. INSSST. Segunda edición.

30 Recomendación 92/113/CE; PÉREZ DEL RÍO, M. T. *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*. Editorial Bomarzo, 2009.

31 Dentro de las acciones de información y sensibilización relativas al acoso encontramos: publicar cartelera con imágenes y folletos con resúmenes sencillos del protocolo en tablones de los centros, colgarlo en la intranet y en la web de la empresa, etc.

32 *Protocolo para la prevención y el tratamiento del acoso sexual y/o por razón de sexo en el trabajo. Paso a paso*. Editorial Colex. Año 2021.

33 Tampoco aclarado por la reciente Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

34 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. *Análisis de la realidad el acoso sexual y sexista en la universidad de Cádiz: propuestas para la prevención*. Tirant humanidades. 2020.

diato del comportamiento no deseado. Por ello, los expertos recomiendan el uso de una vía no formalizada para resolver casos de acoso leve, con el objetivo de evitar una doble victimización por la difusión de ciertas situaciones³⁵.

- Este tipo de procedimiento podría ser adecuado para los supuestos de acoso laboral no directo sino ambiental, en los que lo que se ve afectado es el entorno laboral, creándose un ambiente de trabajo ofensivo, humillante, intimidatorio u hostil.
- **Procedimientos internos de tutela de carácter formal.** En los supuestos en los que, por tratarse de un acoso directo, por las circunstancias del caso, o por haberse intentado sin éxito el procedimiento informal, éste no resulte adecuado, se iniciará un procedimiento formal³⁶.

Este procedimiento permitirá a la persona trabajadora denunciar cualquier incidente de acoso por escrito detallando el incidente.

Los trabajadores pueden presentar un escrito a la dirección de la empresa, al departamento de personal, con copia a la representación de los trabajadores, etc. Esto dará lugar a la apertura (respetando unos plazos preestablecidos) de un expediente informativo para estudiar los hechos alegados.

Este protocolo deberá contener una serie de actuaciones mínimas para la investigación de las denuncias presentadas, que incluyen el nombramiento de un instructor para cada caso, plazos para informar a los órganos competentes, plazos para la iniciación de la investigación tras recibir la denuncia y plazos para que la/s persona/s denunciadas puedan realizar alegaciones, aclaraciones, informes o aportar cualquier cuestión que consideren de su interés.

Como complemento a los dos cauces analizados también sería posible incluir en el protocolo **procedimientos de actuación para aquellos casos en los que una de las partes involucradas en la denuncia no pertenezca a la plantilla.**

- a) **Asistencia a la víctima y medidas cautelares que garanticen el cese total del acoso durante el procedimiento para esclarecer el caso.** Durante la tramitación, lo recomendable sería ofrecer a la persona trabajadora la opción de cambiar de puesto de trabajo mientras se tome una decisión. En los casos más graves la víctima puede necesitar ayuda psicológica o especializada, nuestro protocolo debe tener presente esta posibilidad.
- b) **Resolución del procedimiento.** El protocolo deberá ser claro en cada uno de los escenarios que se planteen:
 - **Archivo de denuncias** si no hay evidencias o en caso de desistimiento del denunciante.
 - **Aplicación del régimen disciplinario y sancionador.** Si el acoso es comprobado, habrá una imposición de sanciones de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo y, en caso contrario, se procurará una organización del trabajo que impida el contacto entre los afectados. En aquellos casos en que se tengan indicios claros de manifestación penal del acoso sexual (art. 184 del Código Penal) se dará cuenta al Ministerio Fiscal de la situación producida.
 - **Procedimiento de actuación ante denuncias infundadas o falsas.** Si de la investigación realizada se pusiera en evidencia que el presunto/a acosado/a ha actuado con acreditada falta de buena fe o con ánimo de dañar, la empresa podrá adoptar las medidas previstas para los supuestos de transgresión de la buena fe contractual en el convenio colectivo y el Estatuto de los Trabajadores.
- c) **Seguimiento y evaluación del protocolo.** La comisión u órgano habilitado al efecto ha de efectuar un seguimiento de este protocolo. A tal efecto, se podrán establecer acciones como: reuniones periódicas para revisar las denuncias de acoso, elaboración de un informe de todas las actuaciones realizadas, impulsar la modificación del protocolo en caso de detectar incidencias, etc.

35 BODELÓN GONZÁLEZ, M. y GALA DURÁN, C. «Teoría y práctica de los protocolos frente al acoso sexual». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 162. 2014.

36 VI Acuerdo Laboral para el sector de la Hostelería –ALEH VI–.

5. Dos nuevas obligaciones: la implantación de medidas contra la discriminación y el protocolo frente al acoso por razón de orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género

Solo con ser consciente de la actualidad normativa nos damos cuenta de que al protocolo de acoso y el plan de igualdad (y sus lagunas o inseguridades jurídicas normativas), se le han sumado recientemente **nuevas obligaciones**:

1. **El establecimiento de medidas frente a la discriminación.** En el acoso discriminatorio se subsumen aquellas situaciones en las que el origen del acoso debe vincularse a origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, así como aquellos que obedecen a una represalia frente a actuaciones del trabajador.

Las empresas tienen (como he adelantado en el análisis de las novedades de la Ley 15/2022, de 12 de julio) la obligación de protección frente a la discriminación. Esto supone la obligación de aplicar «(...) métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias».

Esta obligación no es baladí, toda vez que su incumplimiento dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse, y que podrán incluir tanto la restitución como la indemnización, hasta lograr la reparación plena y efectiva para las víctimas³⁷.

No me atrevería a indicar la obligación de implementar lo que se ha venido llamando «Protocolo de discriminación», pero la propia redacción de la norma sigue una serie de premisas que hacen entrever este mecanismo como un método adecuado a implantar:

- 1) El ámbito objetivo de aplicación de la ley se extiende a ámbitos como:
 - a) Empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo.
 - b) Acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público.
 - c) Afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico.
- 2) Se definen las **conductas a evitar** (discriminación directa e indirecta, discriminación por asociación y discriminación por error, acoso discriminatorio, represalias, etc.).
- 3) Trata la implantación de **medidas de acciones positivas**, definidas como las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social.
- 4) Se prohíbe a la persona empleadora preguntar sobre **las condiciones de salud del aspirante al puesto** (materia de interés en lo relativo a los protocolos de acceso a la empresa)³⁸.

Ante esta regulación surge la duda de cómo pueden cumplir las empresas con el nuevo marco normativo existente. Bajo mi punto de vista caben dos posibilidades distintas (todas pendientes de una futura especificación reglamentaria, de la validación de los juzgados de lo social realicen en cada caso y sujetas a negociación con la representación laboral de las personas trabajadoras):

- 1) **Negociar e implantar un protocolo frente a la discriminación** recopilando todas las exigencias de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

³⁷ Art. 25 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

³⁸ «Medidas dentro de un plan de Igualdad de empresa relativas al acceso al empleo: proceso de selección y contratación». *Iberley*.

- 2) **Adaptar el plan de igualdad** (en vigor o a la finalización de su vigencia) incorporando la norma analizada en las distintas fases del diagnóstico y dejando claras las medidas establecidas, su seguimiento y la aplicación de medidas correctoras en caso de ser necesario.
2. **Plan de medidas LGTBI.** Según el art. 15 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero («Ley Trans»), las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras deberán contar, en el plazo de doce meses a partir del 02/03/2023 (fecha de entrada en vigor de la Ley 4/2023, de 28 de febrero), con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI. Para ello, las medidas serán pactadas a través de la negociación colectiva y acordadas con la representación legal de las personas trabajadoras. El contenido y alcance de esas medidas se desarrollarán reglamentariamente³⁹.

Fuera de la remisión, habitual en las recientes normas, al futuro desarrollo reglamentario, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, es clara en una serie de aspectos:

- 1) **El Plan LGTBI es obligatorio para las empresas de** «(...) más de cincuenta personas trabajadoras»⁴⁰.
- 2) Dentro de las medidas planificadas y recursos necesarios para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI debe hacerse constar un **protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI.**
- 3) Las medidas (cuyo contenido y alcance se desarrollará reglamentariamente) serán **pactadas a través de la negociación colectiva y acordadas con la representación legal de las personas trabajadoras.**
- 4) **Sanciones e infracciones para las personas o empresas que vulneren los derechos del colectivo LGTBI**⁴¹.

Como conclusión, podemos decir que la publicación de estas dos normas obliga a reflejar las novedades tratadas en los protocolos de acoso y/o planes de igualdad de empresas privadas y públicas. Dar unas premisas de cómo cumplir esto a corto plazo parece complicado hasta la publicación de la reglamentación específica, pero no será de extrañar la progresiva implementación de indicadores de igualdad sensibles al colectivo LGTBI+ en estos documentos⁴².

6. Análisis jurisprudencial

- a) Definición del concepto de acoso en sus distintas modalidades y ámbito de protección contra el mismo

El acoso moral, como subraya la **STSJ de Madrid, rec. 312/2012, de 8 noviembre 2012, ECLI:ES:TSJM:2012:15617**, es objeto de un estudio pluridisciplinar en el que participan la psicología, la psiquiatría, la sociología y, cómo no, el Derecho. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, define el verbo acosar como acción de perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona. El añadido al acoso del calificativo moral viene a incidir en que el acoso persigue conseguir el desmoronamiento íntimo, psicológico, de la persona. Cuando en la condición humana predominan los instintos, sin control por la razón, la perversión del hombre es capaz de generar los más abominables sufrimientos.

39 «Formulario de modelo genérico de protocolo de prevención y actuación frente al acoso sexual, sexista y por orientación sexual». *Iberley*.

40 Recordamos que el plan de igualdad es obligatorio para las empresas de 50 o más personas trabajadoras.

41 Arts. 76-82 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero.

42 Como ej. de medidas de prevención prevenir el acoso o las situaciones potencialmente constitutivas de acoso: *Protocolo frente al acoso por razón de orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género*. Secretaría de la Dona, Polítiques LGTBI i Institucional CCOO PV Grup d'Acció LGTBI de CCOO PV. Generalitat Valenciana.

El acoso moral debe tener, siempre, unos perfiles objetivos como son los de la sistematicidad, la reiteración y la frecuencia, requisito este el de la permanencia en el tiempo tradicionalmente aceptado en nuestra doctrina judicial (STSJ de Galicia, rec. 518/2003, de 8 abril de 2003, ECLI:ES:TSJGAL:2003:1987) y al propio tiempo, otros subjetivos como son los de la intencionalidad y el de la persecución de un fin.

Como señala la STS, rec. 324/2018, de 10 de diciembre de 2019, ECLI:ES:TS:2019:3970, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, «(...) hay situaciones distintas a la de acoso moral con las que este no debe ser confundido o identificado. Son aquellas que evidencian las tensiones o discrepancias que son inevitables en cualquier colectividad plural y libre en la que coinciden personas de talantes distintos y diferentes maneras de pensar. Lo que obliga a descartar la existencia de *“mobbing” en estas otras situaciones en las que no sea de apreciar un grave atentado a la dignidad personal y sí la concurrencia de estas otras circunstancias: la mera falta de empatía o incompatibilidad de caracteres; o la diferente manera de entender la colaboración que ha de prestarse en asuntos puramente personales entre quienes coincidan como compañeros en un mismo entorno laboral o profesional. Dicho de otra forma, estas otras situaciones puedan representar conductas de descortesía o contrarias a las pautas más usuales de amabilidad y educación; pero no por ello merecen calificarse de ofensivas o causantes de un daño moral*».

En definitiva, para calificar una situación como acoso moral, hay que comprobar que se trata de una conducta de verdadera hostilidad, vejación y persecución sistemática, y que no se trate de la exigencia rigurosa de determinado comportamiento laboral, ni de un ejercicio no regular del poder directivo empresarial.

Del mismo modo, el acoso sexual y por razón de sexo han sido definido por la STSJ Asturias n.º 119/2010, de 19 enero de 2010, ECLI:ES:TSJAND:2010:118, como:

«(...) cualquier conducta gestual, verbal, o física, comportamiento o actitud realizada tanto, por Superiores jerárquicos, como por compañeros o inferiores, que tiene relación o causa en el sexo de una persona, y que atenta por su repetición o sistematización contra la dignidad de la persona o su integridad física o psíquica, y que se produce en el marco de organización y dirección de un empresario, creando un entorno hostil, intimidatorio, degradante, humillante u ofensivo para la víctima».

En esta definición se contiene una referencia suficientemente clarificadora de los elementos definitorios del acoso sexista, que lo diferencian del sexual, en primer lugar por la necesidad de repetición o sistematicidad. También se hace referencia a elementos comunes con el acoso sexual, los resultados en términos laborales, ya que degradan sus condiciones de trabajo, y finalmente se refiere al ámbito de realización, el de organización y dirección de un empresario⁴³.

Otro tipo de acoso es definido por la STC n.º 224/1999, de 13 de diciembre, ECLI:ES:TC:1999:224. El TC define el acoso sexual ambiental como una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, un comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto.

En la STSJ de Asturias n.º 2479/2022, de 29 de noviembre de 2022, ECLI:ES:TSJAS:2022:3575, el TSJ diferencia entre acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral:

«Se considera acoso sexual ‘cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo’, mientras que el acoso por razón de sexo es “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”».

La STSJ de Madrid n.º 6/2020, de 8 de enero de 2020, ECLI:ES:TSJM:2020:1541, contiene una referencia a las definiciones existentes en el protocolo de la empresa:

«(...) la conclusión valorativa, en base a la definición de acoso laboral contenida en el Protocolo de aplicación, se determina que el comportamiento del denunciado ha podido constituir situaciones de acoso psicológico o

43 También puede resultar de interés la STSJ Andalucía n.º 2377/2017, de 6 de septiembre de 2017, ECLI:ES:TSJAND:2017:8544

moral hacia el denunciante, ya que, bajo la apariencia de bromas o actitudes jocosas se han consentido comportamientos inaceptables en el marco de una relación de trabajo, que no debieron tener lugar en ningún momento, pero de manera especial desde que el denunciante advirtió a su superior y al denunciado de que esas conductas le afectaban».

Para finalizar resulta interesante hacer referencia al concepto de «trato degradante», definido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como aquellos tratos que pueden «crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral»⁴⁴.

b) Actuaciones disciplinarias asociadas a la existencia de acoso

El art. 54 g) del ET regula como merecedora del despido disciplinario «el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa».

Como en todo despido disciplinario, debe ser la empresa quien pruebe la existencia de la causa que alega como motivo del despido, y, como sanción que es, supone la aplicación de los reiterados principios de culpabilidad, gravedad y proporcionalidad para su aplicación, valorando los antecedentes y circunstancias concurrentes en relación a la conducta de la persona trabajadora⁴⁵.

Como ejemplos de las actuaciones disciplinarias asociadas a la existencia de acoso podemos citar la **STSJ de Madrid n.º 914/2020, de 30 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TSJM:2020:14631**⁴⁶, donde se confirma el despido por acoso de un superior jerárquico a su subordinada en una cena de Navidad de la empresa, considerando que se trataba de un abuso de superioridad e insistencia libidinosa, aprovechando la situación de superioridad jerárquica laboral, con desprotección de la trabajadora si se hubiera optado por una sanción inferior al despido.

c) Carga de la prueba

En este aspecto, la **STC n.º 136/2001, de 18 de junio, ECLI:ES:TC:2001:136**, reitera que es deber de quien alega la lesión el de aportar los indicios de violación de un derecho fundamental, sin que baste la mera afirmación de la discriminación, y que los presupuestos sobre los que se asienta la doctrina constitucional para la existencia de acoso sexual son la objetividad y la gravedad del comportamiento.

En el supuesto de que el trabajador presente indicios razonables de **una situación de acoso laboral, generará una inversión de la carga de la prueba (STS, rec. 2598/2014, de 7 de julio de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3307)**.

En relación a la existencia de una denuncia falsa por acoso sexual y laboral resulta de interés la **STSJ de Andalucía n.º 243/2022, de 10 de febrero de 2022, ECLI: ES:TSJAND:2022:1319**:

«No puede considerarse que el pronunciamiento de archivo finalmente establecido en el expediente seguido por acoso a instancias de la trabajadora e iniciado frente al presidente de la Asociación para la que desarrollaba su labor en fecha 30 de septiembre de 2019 venga a determinar la existencia de una propia actuación maliciosa en la recurrente, en cuanto que no se acredita la efectiva existencia de mala fe de la trabajadora a fin de perjudicar el honor del imputado. Resulta evidente la concurrencia de elementos sexuales en la relación sostenida entre la trabajadora y la persona a la que se atribuye el acoso, siendo cuestión distinta la relativa a la calificación que haya de darse a dicha situación. La mera declaración acerca de la inexistencia de acreditación suficiente de determinadas conductas reprochables, no convierte automáticamente en denuncia falsa la inicial solicitud de apertura del expediente seguido, la cual pudiera venir a fundamentar la causa del cese expuesta».

44 SEMPERE NAVARRO, A. V. «Restrictivo concepto de “acoso laboral” a efectos penales». *Revista de jurisprudencia laboral* n.º 2/2021. En relación a los requisitos para que exista el acoso laboral en el Código Penal.

45 *Fraudes e incumplimientos laborales de los trabajadores. Paso a paso*. Colex. 2022.

46 Siguiendo con las cenas de navidad, en este caso ante agresiones e insultos racistas a un compañero: STS n.º 494/2022 de 31 de mayo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:2240.

d) El controvertido supuesto de acoso fuera del centro y tiempo de trabajo y la difícil actuación de la empresa en estos casos

El acoso sexual parte del propio ámbito laboral como causa y lugar de realización de las conductas. Por lo tanto, ¿qué sucede cuando los hechos —relatados en la carta de despido y que supondrán el despido disciplinario en base a una sanción muy grave— han tenido lugar fuera del ámbito laboral? La **STSJ de Andalucía n.º 770/2018, de 22 de marzo de 2018, ECLI:ES:TSJAND:2018:7532**, analiza un supuesto de acoso sexual fuera del centro y tiempo de trabajo fijando que el mero conocimiento entre víctima y agresor en el centro de trabajo no justifica el despido disciplinario:

«En suma, las ofensas, y como supuesto agravado de las mismas el propio acoso sexual, deben producirse en el contexto de la relación laboral, puesto que si se producen fuera del lugar de trabajo y sin relación con el mismo el empresario carece de legitimación para utilizar su poder disciplinario, que únicamente deriva del contrato de trabajo y tiene por objeto proteger sus específicos intereses como empleador.

En el presente caso, en atención al momento y lugar en el que constan producidos los hechos relatados en la carta de despido, a saber, en la vía pública a primera hora de la mañana y tras dejar la trabajadora a su hijo en el colegio, no existe relación temporal o espacial entre la conducta vejatoria del demandante y la relación laboral compartida, al margen, como se pone de manifiesto en la sentencia impugnada, del mero conocimiento entre ambos generado en el centro de trabajo, sin que pueda deducirse de dicha sola circunstancia que la referida extralimitación tuvo lugar con ocasión del trabajo o con aprovechamiento de la prestación laboral».

En contraposición, habiendo activado la empresa el protocolo de acoso sexual, en la **STSJ de Madrid n.º 47/2023, de 26 de enero de 2023, ECLI:ES:TSJM:2023:700**, se valida el despido de un trabajador que acosar a una compañera mediante llamadas y mensajes de WhatsApp.

«El comportamiento del demandante ha consistido en una reiteración e insistencia en llamadas, en horario de trabajo y fuera del mismo, y envío de mensajes a través de whatsapp a una compañera de trabajo con la que no compartía turno, únicamente coincidían en el cambio de turno, por la que mostraba interés, que son percibidos por la trabajadora de manera negativa; la insistencia en los mensajes y llamadas por estar enamorado de ella es la hace que se sienta incomoda y con miedo en una ocasión cuando el demandante golpea la mesa con un puño; era insistente y en una ocasión se molestó porque un amigo de Palmira acudió al centro de trabajo a buscarla.

Estamos ante una solicitud a la trabajadora mediante el empleo de expresiones como “me tienes loquito”, “estás muy buena”, o proponerle irse de vacaciones, irse a vivir juntos, hacer regalos, mostrar celos respecto de su pareja.

Los whatsapp pone de manifiesto que la trabajadora le dice que no persista en las llamadas y mensajes, como el demandante se disculpa pero vuelve a insistir, generando desasosiego hasta el punto de sentirse intimidada en el episodio del puñetazo encima de la mesa por una cuestión de celos. Estas actitudes persistentes y contra la voluntad de la trabajadora suponen una falta de respeto, a la integridad física y moral de la misma, que hacen que el despido deba declararse procedente y convalidar la decisión extintiva, como ha entendido la juzgadora de instancia».

e) El protocolo frente al acoso como instrumento de actuación frente a situaciones de violencia laboral y repercusiones de su activación (o no)

Reiterada jurisprudencia ha abordado las repercusiones de la ausencia de prevención contra estas acciones por parte empresarial (art. 4 de la LPRL) frente a la necesidad de reparación íntegra del daño causado en base de la responsabilidad civil. Ante la constatación de acoso en el ámbito laboral la empresa únicamente quedará exonerada de responsabilidad administrativa cuando acredite disponer de una política antiacoso que cumpla los requerimientos legales. «Eso quiere decir que la responsabilidad exigida a la empresa no es por el hecho que se haya producido un acoso en su organización, sino que conociendo la existencia de un posible caso de acoso no haya hecho nada para investigarlo e impedirlo»⁴⁷.

El protocolo se erige en el instrumento de actuación frente a situaciones de violencia laboral integrada en el sistema general de gestión de la empresa. Como especifica la **STSJ del Cana-**

47 *Protocolo para la prevención y abordaje del acoso sexual y por razón de sexo en la empresa*. Consejo de RR. LL. de Cataluña.

rias n.º 1219/2020, de 30 de octubre de 2020, ECLI:ES:TSJICAN:2020:2120, «el protocolo no es más que un procedimiento, una forma de analizar una denuncia de posible existencia de conducta de acoso». En este fallo, el TSJ condena a una empresa (ayuntamiento) al abono de una indemnización por daño moral ante la no activación del protocolo de acoso existiendo factores de riesgo psicosociales.

«(...) La pasividad de la empresa frente a la denuncia comporta su incumplimiento, constitutivo de infracción grave (artículo 12.16 de la LISOS). La activación del protocolo permite la investigación de los hechos y se dirige a ofrecer una respuesta apropiada, pero no garantiza que lo sea. Si el procedimiento sigue rectamente su cauce la decisión que en el mismo recaiga nunca podrá tacharse de infractora de la normativa de prevención, al margen de su acierto. La infracción podría haberse cometido antes —la activación del protocolo evidencia la posibilidad de una actuación preventiva fracasada— o después por falta de implementación de las medidas que a su término en su caso se dispongan. Pues bien, siendo el protocolo frente al acoso laboral cauce que permite a la empresa averiguar la realidad de unos hechos denunciados a fin de arbitrar las medidas de reacción oportunas dando cumplimiento a sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, responde a la lógica que en cualquier momento a lo largo del procedimiento, atendidas las evidencias obtenidas, pueda decidirse tenerlo por concluido (...). “Expuesto lo anterior, debe destacarse que en el presente recurso lo que se cuestiona no es la concurrencia, o no, de acoso laboral como «presión laboral tendenciosa” (Gimeno La Hoz), sino el incumplimiento de las obligaciones laborales en materia de prevención de riesgos psicosociales, aludiéndose también y de forma específica al protocolo de actuación frente al acoso laboral establecido en el Ayuntamiento demandado (que se acomoda a las fases del protocolo de la AGE), utilizado por el Ayuntamiento de Telde en el momento de suceder los hechos, anudándolo la recurrente a la tutela constitucional preventiva según Doctrina Constitucional expuesta».

En la STSJ de Madrid n.º 339/2023, de 30 de marzo del 2023, ECLI: ES:TSJM:2023:3173, se plantea si la persona trabajadora (que solicita una indemnización de daños y perjuicios) ha venido sufriendo acoso laboral y vulneración de las normas de prevención de riesgos laborales. La sala de lo social considera que *«no cabe (...) constatar incumplimiento alguno de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, dado que, tras la denuncia interpuesta se incoó el correspondiente expediente, se recabaron los informes de las distintas unidades y direcciones, y existieron respuestas motivadas a cada una de las reclamaciones interpuestas.*

De acuerdo con todo ello, procede sin más desestimar la demanda por no haberse constatado indicio alguno de vulneración de derechos fundamentales del demandante, ni acoso, ni infracción de Ley de Prevención de Riesgos Laborales».

En la STSJ de Madrid n.º 517/2020, de 30 de junio de 2020, ECLI:ES:TSJM:2020:8085, se concluye que la sintomatología ansioso-depresiva del trabajador es imputable al incumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones en materia de evaluación de riesgos psicosociales, y de la adopción de medidas adecuadas para eliminar o reducir y controlar el riesgo psicosocial:

«Debe tenerse presente que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011 de 10-octubre), en el art. 96.2 preceptúa que “En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira”, y en este sentido, ninguna prueba se ha desplegado por Clifford Chance S.L. tendente a acreditar las medidas — preventivas o correctivas— que adoptó o la existencia de algún tipo de evaluación específica de riesgos psicosociales o de protocolos de actuación que pudieran haberse activado frente a la situación de acoso laboral a que estaba siendo sometido uno de sus empleados».

Para la STSJ de Cataluña n.º 2437/2020, de 12 de junio de 2020, ECLI:ES:TSJCAT:2020:6141, la empresa dejó de adoptar las medidas de seguridad que le eran exigibles para la resolución del conflicto surgido entre diversos trabajadores, permitiendo que creciera, sin atender a las condiciones en que se encontraban de dichos empleados. Por todo ello, «debe concluirse que la empresa, con su pasividad, contribuyó a que el actor sufriera los trastornos síquicos que motivaron su baja laboral», imponiendo un recargo del 40 % sobre todas las prestaciones derivadas del accidente de trabajo.

- a) Una persona trabajadora que pide extinguir la relación laboral por acoso tiene derecho a una indemnización adicional por los daños morales

Declarada la violación del derecho fundamental, se presume la existencia del daño moral y automáticamente nace el derecho a la indemnización del mismo. (STS, rec. 1319/1994, de 8 de mayo de 1995, ECLI:ES:TS:1995:7617 y STS, rec. 274/2016, de 8 de febrero de 2018, ECLI: ES:TS:2018:562, resumiendo la doctrina de la sala sobre indemnización de daños y perjuicios).

La STSJ de Andalucía n.º 1848/2019, de 18 de julio de 2019, ECLI:ES:TSJAND:2019:8630, dictamina que la indemnización por despido improcedente no es suficiente para cubrir los perjuicios causados por el acoso continuado y grave sufrido por una trabajadora. Esta indemnización debe sumarse a la indemnización por despido improcedente, y se presume la existencia del daño moral, cuyo monto se cuantifica de acuerdo a las circunstancias de cada caso. En este caso, el trabajador que sufrió acoso fue indemnizado con una cantidad equivalente a un despido improcedente más 25.000 € por los daños morales ocasionados.

Ello se debe a que el Tribunal entendió que la empresa llevó a cabo un comportamiento que *«(...) afecta directamente a la dignidad personal y a los sentimientos más profundos de la trabajadora, porque tal comportamiento no solo ha sido destructor, sino además, malintencionado, y ha tenido su origen en las relaciones interpersonales existentes en el seno de la empresa. Por otro lado, el ataque a la dignidad se deriva de forma directa de la intencionalidad de causar el daño el cual, por sí solo, deja a la víctima en situación de clara desventaja respecto a sus compañeros, afectando a necesidades básicas del individuo, del ser humano, como son la necesidad de formar y sentirse parte del grupo, y la necesidad de que esta pertenencia sea respetada. Resultan así afectados principios íntimamente unidos a la dignidad, como son la igualdad, y la solidaridad, en relación con los demás miembros del grupo humano que es la empresa. Todo ello sin olvidar las consecuencias físicas perjudiciales que pueden derivarse, constatadas en el presente caso en la baja laboral por ansiedad»*.

Para la cuantificación de la indemnización por daño moral nuestra jurisprudencia admite, como criterio orientativo, las cuantías fijadas en el RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, LISOS, donde estos hechos se tipifican en el artículo 7, apartados 7 y 8 y en el artículo 8.6, como falta grave y falta muy grave respectivamente, estando sancionadas las faltas graves, en su grado máximo con multa de 751 a 7.500 euros, a tenor del artículo 40.1 b) de la citada norma. Como ejemplo podemos citar la STS n.º 1532/2018, de 17 de julio de 2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:1537, donde se cuantifica la indemnización por daños morales en base a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social en 20.000 euros, en el caso de un trabajador víctima de acoso laboral continuado que derivó en un proceso de incapacidad temporal debido a su estado de ansiedad.

- b) Garantía de indemnidad

La garantía de indemnidad se encuadra en el art. 24.1 de la Constitución Española. Dicho precepto establece que «Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Igualmente, en conexión con lo anterior, el art. 42.g) del ET determina, que los trabajadores disponen, como derecho básico, de la facultad de interponer acciones en los tribunales judiciales como consecuencia de su contrato de trabajo. Es decir, en el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos». (STS n.º 236/2016, de 18 de marzo de 2016, ES:TS:2016:1549).

La protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa también ha sido analizada por la STJUE n.º C-404/18, de 20 de junio de 2019, realizando interpretación amplificadora del principio de protección⁴⁸.

En el caso de las denuncias ante la Inspección de Trabajo, la STS n.º 2742/2022, de 28 de junio de 2022, ECLI: ES:TS:2022:2643, también extiende la garantía de indemnidad por haber formulado denuncia ante este organismo.

48 SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. «Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa». *Revista de jurisprudencia laboral*, n.º 5/2019.

7. Bibliografía

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Análisis de la realidad el acoso sexual y sexista en la universidad de Cádiz: propuestas para la prevención*. Tirant humanidades. 2020.

ALVAREZ DEL CUVILLO, A.; ACALE SÁNCHEZ, M.; BENITO BENÍTEZ, A.; BERNAL SANTAMARÍA, F.; BERMÚDEZ FIGUEROA, E.; HERVÍAS PAREJO, V.; MINGUELA RECOVER, M. A.; SEPÚLVEDA NAVARRETE, P., *Análisis de la realidad del acoso sexual y sexista en la universidad y propuestas de mejora: un estudio de caso*.

ÁNGEL QUIROGA, M., «Acoso moral en el trabajo: de su construcción jurisprudencial a una necesaria regulación legal». *FORO Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva Época*. 2018.

BODELÓN GONZÁLEZ, ME Y GALA DURÁN, C., «Teoría y práctica de los protocolos frente al acoso sexual». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 162. 2014.

CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE MÁLAGA, *Guía para la elaboración e implantación de un protocolo de acoso en la empresa*. Gabinete de PRL de la confederación de empresarios de Málaga (CEM). 2019.

CONSEJO DE RELACIONES LABORALES DE CATALUÑA, *Protocolo para la prevención y abordaje del acoso sexual y por razón de sexo en la empresa*.

CC. OO.:

– *Riesgos psicosociales: Intervención frente al acoso laboral*. Ministerio de Empleo. 2018.

– *Protocolo frente al acoso por razón de orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género*. Secretaria de la Dona, Polítiques LGTBI i Institucional CCOO PV Grup d'Acció LGTBI de CCOO PV. Generalitat Valenciana.

DEPARTAMENTO DE DOCUMENTACIÓN DE IBERLEY:

– *Implantación de un plan de igualdad*. Paso a Paso. 2.ª edición. Editorial Colex.

– *Protocolo para la prevención y el tratamiento del acoso sexual y/o por razón de sexo en el trabajo*. Paso a paso. Colex. 1.ª edición 2021.

– *Fraudes e incumplimientos laborales de los trabajadores*. Paso a paso. Colex. 2022.

– «Aspectos en el ámbito laboral de la Ley 4/2023, de 28 de febrero». *Revista Colex*. 02/03/2023.

– «Contenido y materias a tratar en los planes de igualdad de las empresas». *Iberley*. 24/02/2021.

– «Formulario de modelo genérico de protocolo de prevención y actuación frente al acoso sexual, sexista y por orientación sexual». *Iberley*.

– «Medidas dentro de un plan de Igualdad de empresa relativas al acceso al empleo: proceso de selección y contratación». *Iberley*.

FIDALGO VEGA, M.; YOLANDA GALLEGO FERNÁNDEZ; RAMÓN FERRER PUIG; CLOTILDE NOGARERA CUIXART; GABRIEL PÉREZ ZAMBRANA; RAMONA GARCÍA MACIÁ., *NTP 854: Acoso psicológico en el trabajo: definición*. INSST. 2009.

INSTITUTO DE LA MUJER Y PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES,

— *Manual de referencia para la elaboración de procedimientos de actuación y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en el trabajo. Subdirección General para la Igualdad en la Empresa y la Negociación Colectiva, Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. 2015.*

— *Manual de referencia para la prevención y actuación frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el ámbito laboral. Instituto de las mujeres. Octubre de 2021.*

ITSS., *Criterio Técnico de la ITSS n.º 69/2009 en materia de acoso y violencia en el trabajo.*

MARTÍN DAZA, F.; PÉREZ BILBAO, J.; LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A., *NTP 476: El hostigamiento psicológico en el trabajo: Mobbing.* INSST. Año: 1998.

MEGÍAS GARCÍA, A.; CARBONELL VAYÁ, ENRIQUE J.; GIMENO NAVARRO, MIGUEL A.; FIDALGO VERA, M., *NTP 891 y 892: Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral (I y II).* INSST. Año 2011.

MINISTERIO DE IGUALDAD, «Acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral». Boletín Igualdad Empresa. Agosto-septiembre 2017.

PÉREZ BILBAO, J. y SANCHO FIGUEROA, T., *NTP 507: Acoso sexual en el trabajo.* INSST. Año 1999.

PÉREZ BILBAO, J.; NOGAREDA CUIXART, C., *NTP 489: Violencia en el lugar de trabajo.* INSST. Año 1998.

PÉREZ BILBAO, J.; NOGAREDA CUIXART, C.; MARTÍN DAZA, F.; SANCHO FIGUEROA, T., *Mobbing, violencia física y acoso sexual riesgos derivados de las relaciones interpersonales en el trabajo segunda edición actualizada.* MTAS. INSST. Segunda edición.

PÉREZ DEL RÍO, M. T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista.* Editorial Bomarzo, 2009.

SANCHEZ TRIGUEROS, C., «Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa». *Revista de jurisprudencia laboral* n.º 5/2019

SEMPERE NAVARRO, A. V., «Restrictivo concepto de "acoso laboral" a efectos penales». *Revista de jurisprudencia laboral* n.º 2/2021.

SIERRA HERNÁIZ, E., *La delimitación jurisprudencial del concepto de acoso moral en el ordenamiento jurídico comunitario y español.* 2006.

CÓDIGOS COMENTADOS



LA
EDITORIAL
JURÍDICA
DE
REFERENCIA
PARA LOS
PROFESIONALES
DEL
DERECHO
DESDE
1981

DESCUBRA MÁS OBRAS EN:

www.colex.es

Editorial Colex SL

Tel.: 911 094 100

info@colex.es

EL DERECHO DEL TRABAJO QUE VIENE

Ha pasado ya un año y medio desde la promulgación y entrada en vigor del *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*, un tiempo suficiente para poder hacer un balance mínimamente certero de sus efectos sobre el comportamiento del mercado de trabajo en nuestro país. Sin dejar de ser conscientes, como se destaca en el capítulo inicial, de que el complejo contexto socioeconómico y geopolítico en el que echaba a rodar este nuevo y ambicioso marco de ordenación del empleo y las relaciones laborales, caracterizado por una combinación realmente inusual de factores y variables, impide achacar a la reforma la íntegra responsabilidad de los aciertos o la falta de ellos.

Esa es la principal finalidad del presente estudio, pero no la única, pues fiel a lo que indica el título de esta obra también tiene el propósito de ir algo más allá de convertirse en un comentario crítico más de la normativa reformada, e incorporar algunas propuestas con vistas a ese tan anunciado —y ahora de incierto pronóstico— Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI. De ahí que junto a las materias centrales sobre las que recae la reforma de 2021, modalidades de contratación con el objetivo decidido de reforzar la estabilidad en el empleo y contener la temporalidad, respaldo a la flexibilidad interna frente a las medidas de ajuste más duras, y retoques en el modelo de negociación colectiva en términos de reequilibrio, se aborden otros significativos y relevantes aspectos del marco institucional del trabajo asalariado como el relativo a la participación y representación en la empresa, la conciliación corresponsable, las becas, el trabajo de los extranjeros, el nuevo estatuto del personal al servicio del hogar familiar, los planes de igualdad y protocolos de acoso, el futuro del modelo de indemnizaciones tasadas legalmente al término de la relación laboral o los desafíos que para el trabajo humano suponen los sistemas de inteligencia artificial.

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Carolina Martínez Moreno

COORDINACIÓN

Marcos Óscar Martínez Álvarez

AUTORES

Alba García Torres, Alex Minculeasa Copcea, Ana Rosa Argüelles Blanco, Ángeles Ceinos Suárez, Carlos García Barcala, Carolina Martínez Moreno, Diego Álvarez Alonso, Ignacio González del Rey Rodríguez, Iván Antonio Rodríguez Cardo, Luis Antonio Fernández Villazón, Marcos Óscar Martínez Álvarez, Óscar Fernández Márquez y Paz Menéndez Sebastián.



eBook en www.colex.es

ISBN: 978-84-1359-993-9



9 788413 599939