Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

1er Trimestre 2022 nº 2

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario
  José Luis Monereo Pérez, Susana Rodríguez Escanciano y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- El derecho al abono y compensación de gastos en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia
  Icíar Alzaga Ruiz
- La flexibilidad y el círculo interior de las organizaciones productivas
  Elías González-Posada Martínez
- La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratas
  Arántzazu Vicente-Palacio
- La reformulación de los contratos temporales causales: avances, inercias y nuevos peligros
  Inmaculada Ballester Pastor

Estudios de Doctrina Judicial

- Principio de igualdad retributiva y trabajos de "igual valor": el alcance del efecto directo del art.157 TFUE. A propósito de la STJUE (Sala Segunda), de 3 de junio de 2021 (C-624/19), asunto *Tesco Stores*
  Carolina Martínez Moreno
- La STS de 1 de junio de 2021 y el derecho de sindicación de las trabajadoras sexuales
  Fernando Fita Ortega
- El despido disciplinario con prueba lesiva de derechos fundamentales y su calificación: ¿formulación, aclaración o modificación de la doctrina constitucional? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo, Sala 1ª, Rec. Amparo 6838-2019)
  Jesús Baz Rodríguez
- La consignación de cantidad de la condena en el recurso de casación social: a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2021, número de recurso 154/2020
  Josune López Rodríguez

Derecho Comparado y Derecho Extranjero

- La prohibición de la forma electrónica del despido en Alemania. Una norma protectora del trabajador en tiempos de digitalización del mercado de trabajo
  Alberto Arufe Varela

Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social

- El impacto de la COVID: ¿un nuevo Derecho del Trabajo para un trabajador nuevo?
  María Luz Vega Ruiz

Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas
María Nieves Moreno Vida

Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo
José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Ediciones Laborum

Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

1er Trimestre 2022 Nº 2

© Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, nº 9
Planta 3ª - Oficina 21
30.008 - Murcia

Telf. 968 88 21 81
Fax. 968 88 70 40
Web: www.laborum.es
email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU 1268-2021
Publicación Impresa: ISSN 2792-7962
Publicación Digital: ISSNe 2792-7970

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:
www.laborum.es/revreltra
facebook.com/RevRelTra
@ELaborum
revreltra@laborum.es

Reservados todos los derechos.
Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 917021970 / 932720447)

DIRECCIÓN:
José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

SUBDIRECCIÓN:
Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

COORDINACIÓN:
Sara Guindo Morales, *Profesora Ayudante Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

CONSEJO DE REDACCIÓN:
José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*
Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Sara Guindo Morales, *Profesora Ayudante Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
María Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón*

CONSEJO ASESOR:
Carlos Luis Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.*
María Lourdes Arastey Sahún, *Jueza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*
Francisco Javier Arrieta Idiakez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Deusto*
Alberto Arufe Varela, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
María Amparo Ballester, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Fabio Tulio Barroso, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Pernambuco. Brasil*
Antonio Pedro Baylos Grau, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha*
Stefano Bellomo, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Perugia. Italia*
Carlos Bravo Fernández, *Secretario Confederal de Seguridad Social y Previsión Social Complementaria de CCOO. Profesor Asociado de Derecho Social e Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid*
Ferrán Camas Roda, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona*
Kristina Campbell, *Catedrática de Derecho. Universidad de Columbia. Estados Unidos*
María Dolores Carrascosa Bermejo, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pontificia de Comillas*
María Emilia Casas Bahamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidenta del Tribunal Constitucional*
Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Diana del Pilar Colorado Acevedo, *Profesora Titular. Universidad Nacional de Colombia. Magistrada Auxiliar de la Corte Suprema de Justica-Sala de Casación Laboral*
Jesús Cruz Villalón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Ángel Luis De Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Carmen Elena Domínguez Soto, *Profesora de Derecho del Trabajo. Pontificia Universidad Católica de Chile*
Maravillas Espín Sáez, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Marco Espósito, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Nápoles Parthenope. Italia*
Marta Fernández Prieto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
Marina Fernández Ramírez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Juan García Blasco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
Thomas Geiser, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de St. Gallen. Suiza*
José María Goerlich Peset, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*
Isabel Granados Romera, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Mª Sonsoles Gutiérrez de la Peña, *Inspectora de Trabajo y Seguridad Social*
María Teresa Igartua Miró, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Elisa Verónica Lanas Medina, *Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Cuenca. Ecuador*
Liliana Hebe Litteri, *Profesora Adjunta Regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Argentina*
Belén del Mar López Insua, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Günther Löschnigg, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Graz. Austria*
Juan Pablo Maldonado Montoya, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad CEU San Pablo*
Isabel Marín Moral, *Profesora de Derecho. Universidad Francisco de Vitoria. Abogada*
Lucía Martín Rivera, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*
Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
António Monteiro Fernandes, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Nova de Lisboa. Portugal*
Francisca Moreno Romero, *Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
Juan Pablo Mugñolo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Buenos Aires. Argentina*
Magdalena Nogueira Guastavino, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, *Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Salvador Perán Quesada, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Francisco Pérez de los Cobos, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidente del Tribunal Constitucional*

María del Mar Pérez Hernández, *Jefa de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Almería. Profesora Asociada. Universidad de Almería*
Joaquín Pérez Rey, *Secretario de Estado de Empleo y Economía Social*
Margarita Isabel Ramos Quintana, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Pilar Rivas Vallejo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
Ana María Romero Burillo, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Lleida*
Tomás Sala Franco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María del Carmen Salcedo Beltrán, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Carmen Solís Prieto, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Carla Spinelli, *Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad Aldo Moro de Bari. Italia*
Natalia Tomás Jiménez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Adriana Topo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Padova. Italia*
Fernando Valdés Dal-Ré, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Isabel María Villar Cañada, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:
Francisco Alemán Páez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba*
Miguel Ángel Almendros González, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Gema Fábregas Monfort, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Carolina Gala Durán, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
Guillermo García González, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Internacional de La Rioja*
Manuel García Jiménez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Mario Garmendia Arrigón, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*
Javier Hierro Hierro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Sandro Mainardi, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Bolonia. Italia*
Inmaculada Marín Alonso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Olimpia Molina Hermosilla, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
María de los Reyes Martínez Barroso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Remedios Roqueta Buj, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María Salas Porras, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

EDITOR:
Ediciones Laborum

REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACION BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE DATOS Y ORGANISMOS:

Destinatarios

Con esta orientación y enfoque metodológico que se busca los destinatarios de esta Revista son todas las personas, instituciones y organismos -públicos y privados- en el campo del Derecho del Trabajo sin excepción, como Abogados, Graduados Sociales, Profesorado Universitario y en general todo el personal del ámbito académico científico, Responsables de dirección de personal o de "recursos humanos", asesores sindicales o empresariales, trabajadores sociales, directores y empleados públicos, y sus respectivas asociaciones u organizaciones profesionales, entre otros.

Orientación y enfoque metodológico

Es una revista teórico-práctica que reivindica un conocimiento pleno del "Derecho vivo" tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.
Los contenidos incluyen:

- Editorial (E)
- Estudios Doctrinales (ED)
- Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)
- Derecho comparado y Derecho extranjero (DCE)
- Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas (CLJB)
- Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)

Índice

EDITORIAL 9

LA REFORMA LABORAL DE 2021 Y EL FRENO A LA CONTRATACIÓN TEMPORAL INJUSTIFICADA COMO OBJETIVO PRIORITARIO 11
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

1. COORDENADAS PRODUCTIVAS ANTES DE LA REFORMA DE 2021: LA PRECARIEDAD COMO PREMISA 12
2. LA TEMPORALIDAD EN LA CONTRATACIÓN COMO PUNTA DEL ICEBERG NECESITADO DE REMEDIO INMEDIATO 14
3. EL DIÁLOGO SOCIAL COMO AVAL DEL CONTENIDO NORMATIVO 16
4. LA OPORTUNIDAD DE LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS: EL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL COMO HILO CONDUCTOR 19
5. EL IMPULSO DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO COMO CAJÓN DE SASTRE 21
6. LA DESAPARICIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR OBRA O SERVICIO 23
7. LA REGULACIÓN DE UN NUEVO CONTRATO INDEFINIDO EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN 24
8. CONTRATO EVENTUAL 26
9. CONTRATO DE SUSTITUCIÓN 27
10. CONTRATOS FORMATIVOS 28

ESTUDIOS DOCTRINALES 33

EL DERECHO AL ABONO Y COMPENSACIÓN DE GASTOS EN LA LEY 10/2021, DE 9 DE JULIO, DE TRABAJO A DISTANCIA 35
ICÍAR ALZAGA RUIZ

1. INTRODUCCIÓN 35
2. ANTECEDENTES NORMATIVOS 36
3. LA COMPENSACIÓN DE GASTOS EN EL TRABAJO A DISTANCIA EN LA LEY DE TRABAJO A DISTANCIA 39
4. NATURALEZA SALARIAL O EXTRASALARIAL DE LAS CANTIDADES QUE COMPENSAN A LA PERSONA TRABAJADORA POR LOS GASTOS OCASIONADOS CON MOTIVO DE SU PRESTACIÓN DE SERVICIOS A DISTANCIA 45
5. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE NUESTROS TRIBUNALES 47
6. LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL 51
7. BIBLIOGRAFÍA 52

LA FLEXIBILIDAD Y EL CÍRCULO INTERIOR DE LAS ORGANIZACIONES PRODUCTIVAS 55
ELÍAS GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ

1. EL PODER DE DIRECCIÓN Y SUS LÍMITES: LA NUEVA FLEXIBILIDAD 55
2. LOS NUEVOS ESCENARIOS DEL PODER DIRECTIVO 58
3. LAS MIL CARAS DEL ALGORITMO 66
4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA NUEVA REPRENTATIVIDAD 72
5. EL PUESTO DE TRABAJO 76
6. LA DISCRIMINACIÓN OCULTA 77
7. BIBLIOGRAFÍA 78

LA SUPRESIÓN DEL CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADO Y EL NUEVO PAPEL DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATAS 79
ARÁNTZAZU VICENTE-PALACIO

1. UNA GUERRA DE TREINTA AÑOS: ¿HABRÁ LLEGADO EL FIN DE LA PRECARIEDAD EN EL ACCESO AL TRABAJO O ES SÓLO UNA NUEVA BATALLA (PERDIDA)? UN REPASO HISTÓRICO 79
2. LA DEROGACIÓN, CON CARÁCTER GENERAL, DEL CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADO COMO MODALIDAD CAUSAL SINGULAR 82
3. UN CONTRATO "INDEFINIDO" PARA LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN: PECULIARIDADES DE SU RÉGIMEN EXTINTIVO. MANTENIMIENTO DE LA MISMA INDEMNIZACIÓN POR FIN DE CONTRATO INDEFINIDO QUE LA PREVISTA EN EL CGSC PARA EL EXTINTO "CONTRATO FIJO DE OBRA". OTRAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN EL ÁMBITO DE LA CONSTRUCCIÓN: LA OFERTA DE RECOLOCACIÓN Y SUS EXCEPCIONES 83
4. EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO PARA LAS ACTIVIDADES VINCULADAS A CONTRATAS MERCANTILES O ADMINISTRATIVAS 88
5. SUBCONTRATACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE 94
6. NORMAS TRANSITORIAS, CONTRATO PARA OBRA Y SERVICIO DETERMINADO Y CONTRATO FIJO-DISCONTINUO EN LAS ACTIVIDADES VINCULADAS A CONTRATAS 95
7. DEBERES PENDIENTES PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA 96
8. BIBLIOGRAFÍA 99

LA REFORMULACIÓN DE LOS CONTRATOS TEMPORALES CAUSALES: AVANCES, INERCIAS Y NUEVOS PELIGROS 101
INMACULADA BALLESTER PASTOR

1. NUEVAS TEMPORALIDADES: AVANCES, INERCIAS Y NUEVOS PELIGROS 101
2. LOS AVANCES: LA CORRECCIÓN DE CINCO ANOMALÍAS QUE HABÍAN PERVERTIDO E INCITADO A CONTRATAR TEMPORALMENTE 103
3. LAS NUEVAS TEMPORALIDADES: LA CONTROVERTIDA CAUSALIDAD DE LOS CONTRATOS TEMPORALES 113
4. BIBLIOGRAFÍA 121

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 123

PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA Y TRABAJOS DE "IGUAL VALOR": EL ALCANCE DEL EFECTO DIRECTO DEL ART.157 TFUE. A PROPÓSITO DE LA STJUE (SALA SEGUNDA), DE 3 DE JUNIO DE 2021 (C-624/19), *ASUNTO TESCO STORES* 125
CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

1. BREVE PROLEGÓMENO SOBRE LA IGUALDAD RETRIBUTIVA EN LA UE 126
2. LAS CUESTIONES SUSCITADAS EN LA SENTENCIA *TESCO STORES* 127
3. EL ETERNO PROBLEMA DE LA LABOR COMPARATIVA Y SU TRATAMIENTO EN LA NORMATIVA SOBRE IGUALDAD Y TRANSPARENCIA SALARIAL 129
4. ¿PERMITIRÁ EL MÉTODO DE PUNTOS POR FACTOR SUPERAR TODAS LAS DIFICULTADES Y GARANTIZAR LA NEUTRALIDAD EN LA VALORACIÓN DEL TRABAJO? 131
5. BIBLIOGRAFÍA 133

LA STS DE 1 DE JUNIO DE 2021 Y EL DERECHO DE SINDICACIÓN DE LAS TRABAJADORAS SEXUALES 135
FERNANDO FITA ORTEGA

1. LOS HECHOS CONTROVERTIDOS 135
2. EL DEBATE POLÍTICO ACERCA DEL DERECHO DE SINDICACIÓN EN EL TRABAJO SEXUAL 136
3. EL DEBATE JURÍDICO DESENFOCADO 137
4. EL DEBATE JURÍDICO DESDE EL PRISMA DE LA LIBERTAD SINDICAL 138
5. UNA CONSIDERACIÓN CRÍTICA A LA STS DE 1 DE JUNIO DE 2021 138
6. BIBLIOGRAFÍA 141

EL DESPIDO DISCIPLINARIO CON PRUEBA LESIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU CALIFICACIÓN: ¿FORMULACIÓN, ACLARACIÓN O MODIFICACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL? (COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61/2021, DE 15 DE MARZO, SALA 1ª, REC. AMPARO 6838-2019) 143
JESÚS BAZ RODRÍGUEZ

1. LA STC 61/2021, DE 15 DE MARZO (CASO "AMADEUS SOLUCIONES TECNOLÓGICAS, SA"). ANTECEDENTES Y SÍNTESIS DEL PRONUNCIAMIENTO: LA DESVINCULACIÓN ENTRE LA NULIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA Y LA NULIDAD DEL DESPIDO 144
2. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y SUS PREMISAS ARGUMENTALES BÁSICAS: EL EXAMEN DE LA CUESTIÓN DESDE EL PRISMA Y ALCANCE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ARTÍCULO 24 CE) Y SU CONSIDERACIÓN COMO CUESTIÓN DE LEGALIDAD ORDINARIA 146
3. APUNTES CRÍTICOS SOBRE AMBOS PILARES ARGUMENTALES: LA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL DE UNA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA LEGALIDAD ACORDE A LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU TUTELA EN CLAVE DE REPARACIÓN INTEGRAL DE LA LESIÓN 147
4. EL TRÁNSITO DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SUSTANTIVOS HACIA LAS LESIONES "EXTRAPROCESALES" DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, Y LA INEXISTENCIA DE UNA "CONSECUTIVIDAD LÓGICA Y JURÍDICA" ¿UNA MODIFICACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL? 149
5. REFLEXIÓN CONCLUSIVA SOBRE EL IMPACTO DE LA NUEVA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DIGITALES LABORALES 151
6. BIBLIOGRAFÍA 152

LA CONSIGNACIÓN DE CANTIDAD DE LA CONDENA EN EL RECURSO DE CASACIÓN SOCIAL: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE JUNIO DE 2021, NÚMERO DE RECURSO 154/2020 153
JOSUNE LÓPEZ RODRÍGUEZ

1. INTRODUCCIÓN 153
2. HECHOS MÁS RELEVANTES DEL LITIGIO Y RECORRIDO JUDICIAL 154
3. ACERCA DE LA CONCURRENCIA DEL REQUISITO PROCESAL RELATIVO A LA CONSIGNACIÓN DE CANTIDAD DE LA CONDENA EN EL RECURSO DE CASACIÓN SOCIAL 156
4. BIBLIOGRAFÍA 160

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO 161

LA PROHIBICIÓN DE LA FORMA ELECTRÓNICA DEL DESPIDO EN ALEMANIA. UNA NORMA PROTECTORA DEL TRABAJADOR EN TIEMPOS DE DIGITALIZACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO 163
ALBERTO ARUFE VARELA

1. LA DELIBERADA MODIFICACIÓN EN PLENA ERA DIGITAL DEL PARÁGRAFO 623 DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN.....163
2. EL MANUSCRITO (PERO NO CARTA) DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO, A REDACTAR EN CUMPLIMIENTO DEL PARÁGRAFO 623 DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN.....164
3. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO POR EL EMPRESARIO DEL PARÁGRAFO 623 DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN.....165
4. LA APLICACIÓN DEL PARÁGRAFO 623 DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN AL DESPIDO DE TRABAJADORES EMPLEADOS POR PLATAFORMAS DIGITALES.....166
5. EPÍLOGO COMPARATISTA. LAS ANTÍPODAS ESPAÑOLAS DEL PARÁGRAFO 623 DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN.....167
6. BIBLIOGRAFÍA 168

ECONOMÍA, SOCIOLOGÍA E HISTORIA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO Y DEL ESTADO SOCIAL 169

EL IMPACTO DE LA COVID: ¿UN NUEVO DERECHO DEL TRABAJO PARA UN TRABAJADOR NUEVO? 171
MARÍA LUZ VEGA RUIZ

1. REFLEXIONES PRELIMINARES.....171
2. EL FUTURO Y/O EL PRESENTE 172
3. ¿EL MUNDO DEL TRABAJO HA CAMBIADO? 173
4. ¿HACIA UN NUEVO DERECHO DEL TRABAJO?.....178
5. ¿CUÁLES SON ELEMENTOS PARA CONSTRUIR ESTE NUEVO Y NECESARIO DERECHO DEL TRABAJO? 179
6. EL DEBATE Y EL PAPEL DE LA OIT 183
7. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES 184
8. BIBLIOGRAFÍA 185

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 187

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL.....189
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL.....210
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 218
4. RECENSIONES 220

CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO 225

CRÓNICA ADMINISTRATIVA LABORAL 227
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Editorial

Laborum

La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario

2021 labour reform and curbing unjustified temporary employment as a priority objective

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada.
Director de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León
Subdirectora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5910-2982

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Subdirector de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

> *"El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio […] Esta lucha durará tanto como el mundo, porque el derecho habrá de prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia. La lucha no es, pues, un elemento extraño al derecho; antes bien, es una parte de su naturaleza y una condición de su idea"*
>
> RUDOLF VON IHERING[1]
>
> *"Un régimen que no proporciona a los seres humanos ninguna razón profunda para cuidarse entre sí no puede preservar por mucho tiempo su legitimidad"*
>
> RICHARD SENNETT[2]

El Acuerdo adoptado el pasado 23 de diciembre de 2021 entre el Gobierno y los interlocutores sociales (direcciones confederales de UGT y CC.OO., de un lado, y CEOE-CEPIME, de otro), a través del Ministerio de Trabajo y Economía Social, ha sido plasmado 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. Alcanzado con el sosiego necesario tras meses de negociaciones, de prestaciones y contraprestaciones, el texto tiene como principal objetivo promover la estabilidad en el empleo y limitar el recurso abusivo, injustificado y

[1] IHERING, R.v.: *La lucha por el Derecho,* versión de Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, "Ihering y la lucha por el Derecho" (pp. VII-XXXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, p. 31.

[2] SENNETT, R.: *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo* (1998), Barcelona, Anagrama, 2000, p. 155.

desproporcionado a la contratación temporal, apostando por un modelo más justo y garantista de relaciones laborales.

Bajo tales loables premisas y el mérito del consenso que ya venía siendo ensayado con éxito en la atinada normativa laboral de emergencia asociada a la pandemia, se adoptan ahora coherentes medidas y certeras actuaciones en diversos frentes tendentes a evitar la rotación de efectivos. Dichas novedades serán presentadas brevemente en las páginas siguientes, no sin antes hacer un rápido repaso del entorno productivo en el que emerge la reforma con el fin de aquilatar el diagnóstico de partida que ayude a vislumbrar los efectos de un pronóstico normativo de futuro, orleado por el comprometido entendimiento exigido para poder allegar los fondos destinados a España en el marco del Plan de Recuperación de la Unión Europea a partir del programa *Next Generation*.

1. COORDENADAS PRODUCTIVAS ANTES DE LA REFORMA DE 2021: LA PRECARIEDAD COMO PREMISA

La automatización y la digitalización han venido provocando no solo que algunos trabajadores hayan quedado alejados del mercado laboral ante la masiva destrucción de puestos de trabajo, pasando a formar parte de los "permanentes inempleables"[3], sino también un empobrecimiento generalizado de los asalariados que se encuentran en activo. La robotización, la generalización de internet, la inteligencia artificial, la fabricación aditiva, el blockchain, el M2M, las redes de gran velocidad, el trabajo en la nube o la virtualización, han ocasionado mutaciones radicales en los procesos de producción de bienes y servicios, con un objetivo claro: al igual que las revoluciones tecnológicas de épocas pretéritas, la optimización del beneficio es la "razón de ser última" de todas estas innovaciones, al permitir "producir más en menos tiempo y con menos mano de obra"[4], todo ello bajo el parámetro ineludible de la vinculación de materiales, dispositivos, instalaciones o maquinarias al sistema digital[5]. Al tiempo, la necesidad de alcanzar los porcentajes marcados a nivel europeo e interno en cuanto al nivel de emisiones nocivas para el medio ambiente está forzando a todos los sectores de actividad, tanto tradicionales como emergentes, a adaptar sus modos de producción y este cambio del tejido empresarial está teniendo su reflejo en el ámbito laboral, por cuanto aquí importa en cuanto a la cantidad y calidad en las condiciones de trabajo.

Las incertidumbres derivadas de estas reconversiones digitales y ecológicas han venido provocando una "transformación disruptiva en los modos y formas de entender en la idea de trabajo"[6]. La constante y permanente necesidad empresarial de responder y adecuar su estructura a las fluctuaciones del mercado y de la demanda en el sustrato productivo actual, caracterizado por feroces exigencias de competitividad y rentabilidad empresarial[7], y el fuerte impacto de la digitalización y de la economía verde, aconsejan dotarse de una estructura móvil, no estática, en tanto presupuesto y condición *sine qua non* para la propia supervivencia del negocio, que necesita disponer a la carta de un mayor o menor número de efectivos con el fin de dar respuesta rápida a las

[3] MONEREO PÉREZ, J. L.: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral,* Albacete, Bomarzo, 2011, con referencia a la anticipación y delimitación del concepto de "inempleabilidad" realizada por GALBRAITH, J. K.: *El nuevo Estado Industrial* (1967-1971)*,* trad. Manuel Sacristán, Barcelona, Ariel, 1974 (1ª edición 1967), Cap. XXI ("La naturaleza del empleo y del desempleo"), pp. 293 y ss.; SAGARDOY, I. y MERCADER, J. R.: "Desarrollo de la robotización y justo reparto de la riqueza", en *Conferencia Nacional OIT. El futuro del trabajo que queremos en la Conversación II. Trabajo y Sociedad*, 2017.

[4] ALARCÓN CARACUEL, M. R.: "La informatización y las nuevas formas de trabajo", en ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R. (Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2004, p. 10.

[5] KAHALE CARRILLO, D. T.: "El despido de los trabajadores por la automatización de sus puestos de trabajo: ¿es posible?", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 2, 2020, p. 215.

[6] MERCADER UGUINA, J. R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia Tirant Lo Blanch, 2017, p. 33.

[7] GARCÍA NINET, J. I.: "A vueltas con el tiempo de trabajo y la productividad o sobre cómo flexibilizar más el tiempo de trabajo", *Tribuna Social*, núm. 164-165, 2004, p. 5.

continuas oscilaciones de la demanda[8]. Las profundas transformaciones adoptadas, ya desde finales de los años sesenta en las principales economías a escala mundial, han significado la base material de una auténtica transición hacia un nuevo modelo de acumulación y regulación social. Cambios significativos que va a poner en crisis el paradigma productivo, de legislación y concertación heredado del siglo anterior, y cuyas consecuencias en el ámbito laboral y en las normas que lo regulan a ser profundas e importantes por su mismo carácter estructural. Un nuevo marco caracterizado por el avance de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación; el abaratamiento y la mejor de los medios de transporte –que permiten una distribución rápida y segura de los bienes de consumo y de personas a nivel planetario-; profundas mutaciones en los modos de producción y revaloración capitalistas y debilitamiento de los Estados nación como fundamento estructural de las relaciones económicas y sociales[9].

Es más, los menores costes (salariales y de Seguridad Social) han jugado siempre como un poderoso incentivo para que se trataran de dotar de naturaleza extralaboral (civil o mercantil) a aquellas relaciones que, situadas en zonas grises, pudieran presentar dudas acerca de su verdadera naturaleza jurídica y, desde luego, las nuevas tecnologías y las exigencias de la descarbonización de la economía, proporcionan un caldo de cultivo idóneo para que el intento de fuga se renueve[10]. Desde esta perspectiva, el trabajo autónomo ha sido utilizado, sobre todo en épocas regresivas, como una forma de reducción de costes en contraposición con el trabajo subordinado más gravoso[11], donde la subordinación económica sustituye a la dependencia personal, tales como el trabajo semi-autónomo o, mejor, falso autónomo, que denotan un perfil de rostro preocupante, desplazando al trabajador parte del riesgo patronal con la consiguiente desprotección, pues a estos sujetos no llega ni la regulación legal, ni la convencional[12]. No es baladí hacer notar que la propia legislación ha *construido* figuras intermedias que lejos de resolver "zonas grises" contribuyen en la experiencia jurídica a amplias los espacios para los "falsos autónomos"[13].

Además, la implantación de cambios en la estructura de las empresas habilitan formas de externalización productiva, real o aparente, acudiendo a mecanismos de no laborales de reclutamiento de mano de obra o al empobrecimiento de las condiciones de trabajo de los afectados por las relaciones en red, que indudablemente provocan interrogantes respecto de la corrección o no

[8] TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: "El derecho a la desconexión digital en la Ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica", *Lan Harremanak*, núm. 42, 2919, p. 53.

[9] MONEREO PÉREZ, J. L. y PÉRAN QUESADA, S.: "Presentación" y "Delimitación conceptual de la subcontratación empresarial como forma privilegiada de la descentralización productiva", en MONEREO PÉREZ, J. L. y PÉRAN QUESADA, S. (Dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial. Aspectos Laborales y de Seguridad Social,* Granada, Comares, 2018, pp. VII, y 1 y ss.; y ampliamente en un estudio transversal de todas las institucionales laborales concernidas por el cambio tecnológico disruptivo actual, MONEREO PÉREZ, J. L., VILA TIERNO, F. y PÉRAN QUESADA, S. (Dirs.): *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI,* Granada, Comares, 2021, 1152 pp. La dimensión internacional del cambio de paradigma al cual contribuyen las nuevas tecnologías, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. y GÓMEZ GARCÍA, F. X.: *Nuevas tecnologías en los acuerdos marco globales,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2021.

[10] LÓPEZ CUMBRE, L.: *Start-ups y capitalismo de plataforma: renovación o adaptación de los presupuestos laborales·*, en LÓPEZ CUMBRE, L. (Dir.): *Start-ups, emprendimiento, economía social y colaborativa. Un nuevo modelo de relaciones laborales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2018, pp. 43 y ss.

[11] CABEZA PEREIRO, J.: *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, Albacete, Bomarzo, 2020, p. 109.

[12] SERVAIS, J. M.: *International labour market Law*, La Haya (Kluwer), 2005, p. 89.

[13] MONEREO PÉREZ, J. L.: "El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación (I y II)", en *Aranzadi Social. Revista Doctrinal,* Vol. 2, nº. 4-5, 2009, pp. 79-106 y 71-101, respectivamente; MONEREO PÉREZ, J. L., LÓPEZ INSUA, B. M. y GUINDO MORALES, S.: *La protección socio-laboral de los trabajadores autónomos. Entre Derecho normal y Derecho de la Emergencia,* Murcia, Laborum, 2021, Cap.II, pp. 135 y ss.

de tales prácticas desde el punto de vista de la calidad en el empleo y de su adecuación a los criterios de frontera entre trabajo subordinado y trabajo autónomo[14].

La proliferación, junto al tipo contractual clásico de carácter permanente y a jornada completa que queda orillado, de nuevas figuras caracterizadas por la precariedad en sus condiciones de trabajo al verse reducido el histórico papel preponderante de la regulación legal de máximos, adquiere un protagonismo preocupante en estos entramados productivos asociados a la transición digital y verde[15]. El trabajo a tiempo parcial, el trabajo intermitente y *quasi* a la llamada, la facilidad en las modificaciones y descuelgues, la distribución irregular de la jornada, el crecimiento de fórmulas no directas de conexión del trabajo con el proceso productivo, sin olvidar –por lo que aquí interesa-- las distintas modalidades de contratación por duración determinada, constituyen un elenco de circunstancias ejemplificativas que hacen indiscutible una realidad frecuente, máxime cuando en todos estos casos existe una clara dimensión de género debido a la posición más débil dentro del mercado de trabajo que tienen las mujeres, con fenómenos como la segregación ocupacional, la brecha salarial de género, la parcialidad, etcétera[16].

Lamentablemente, tales coordenadas negativas de trabajo, con exponente sustancial en las altas tasas de temporalidad, se recrudecen en el año 2020 que, inequívocamente, viene marcado por una nueva crisis de alcance mundial provocada por la pandemia de la COVID-19, que, además de un lamentable número de decesos y personas infectadas, ha provocado un terremoto de dimensiones terribles aún no determinadas en los ámbitos sanitario, económico y social, poniendo de manifiesto de una forma todavía más preclara el fenómeno calificado como "adicción a la precariedad", derivado de una intensa disponibilidad (cuasi servilismo de las personas trabajadoras) y una falta de contundencia en cuanto a la restricción del uso injustificado a la contratación temporal, sobre todo como consecuencia de un sistema indemnizatorio que no contribuye en modo alguno a desincentivar su uso, de las dificultades para el control por parte de la Inspección de Trabajo y de los costes de oportunidad que conlleva la interposición de una acción judicial reparadora por parte del trabajador[17].

2. LA TEMPORALIDAD EN LA CONTRATACIÓN COMO PUNTA DEL ICEBERG NECESITADO DE REMEDIO INMEDIATO

No hace falta hacer acopio de datos explicativos para constatar que la enorme presencia de contratos de duración determinada en la población activa española se ha convertido simultáneamente en uno de los problemas principales de nuestras relaciones laborales y en una seña

[14] CRUZ VILLALÓN, J.: "El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo", *Derecho Social*, núm. 83, 2019, p. 15; VILA TIERNO, F.: "El trabajador autónomo económicamente dependiente", en MONEREO PÉREZ, J. L. y VILA TIERNO, F. (Dirs.): *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo,* Granada, Comares, 2017, pp. 27-51.

[15] RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "100 años de la implantación de la jornada máxima de trabajo", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2019, p. 356.

[16] Un estudio jurídico-crítico de conjunto sobre las modalidades de contratación laboral, indefinida y temporal, en MONEREO PÉREZ, J. L. y SERRANO FALCÓN, C.: "El modelo de contratación laboral en España: Aspectos generales de la contratación laboral", en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.): *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico,* SERRANO FALCÓN, C. (Coord.), Granada, Comares, 2010, pp. 3 y ss., y 529-565 ("Conclusiones finales"); asimismo las aportaciones doctrinales sobre las modalidades concretas de contratación temporal recogidas en dicha obra colectiva. Un estudio crítico sobre la diversificación del tipo contractual y la precariedad en el empleo en el marco de las políticas de flexibilidad laboral liberalizadoras, importante para tomar en consideración la trayectoria del modelo de contratación laboral en nuestro país, en MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 86 y ss.; *Ibid*., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo,* Madrid, Civitas, 1996, Cap. II.3 ("La edad de la diversidad normativa"), pp. 64 y ss.

[17] GOERLICH PESET, J. M.: "¿Es necesario revisar el marco normativo de la contratación temporal", *Documentación Laboral*, núm. 111, 2017, vol. II, p. 19.

de identidad del mercado de trabajo patrio[18], prácticamente a la misma altura que el otro inconveniente y rasgo identificador, el desempleo. Al tiempo, tampoco cabe desconocer que los índices de temporalidad que se producen en la segunda década del siglo XXI van acompañados de marcadas características de atipicidad: escasa duración del trabajo de extensión determinada y jornadas muy reducidas, preocupantes características a las que se unen formas conocidas como "casual work", referidas, sin ánimo exhaustivo, a los contratos de cero horas, los "trabajos a la llamada, kapovaz o de libre disposición", los "*jobbers-sharing*", los "*free-lances*", los becarios, las actividades colaborativas a través de plataformas on-line o de empresas en red, así como los reclutamientos bajo la gestión por proyectos con un horizonte marcado de antemano (*interim management*), todas ellas variantes dotadas de un sustrato común, cual es la disminución significativa de derechos de los trabajadores y, en especial, de sus posibilidades efectivas de tutela[19].

Amplio es, además, el consenso existente sobre la consideración de que las elevadas tasas de temporalidad constituyen un factor altamente perjudicial, tanto para el desarrollo de la economía y del bienestar de los trabajadores, como para el tejido social en su conjunto. Desde la perspectiva empresarial, este sistema provoca una tendencia hacia modelos de baja productividad, de escasa inversión en capital humano, de dificultades en las necesarias políticas de retención del talento, así como, a la postre, efectos nocivos en la competitividad. Desde el punto de vista de los trabajadores, debilita una planificación en el medio plazo de la carrera profesional, acentúa la oferta de trabajo en actividades profesionales de baja cualificación y, por ende, de menores niveles retributivos, al tiempo que concentra en mayor medida el peso de las prerrogativas de dirección empresarial, rebajando la actividad sindical. En fin, sobre el conjunto de la sociedad conlleva consecuencias devastadoras frente a las tasas de natalidad, el desarrollo del consumo en el medio o largo plazo, a la par que repercute gravosamente sobre el gasto público especialmente por lo que afecta a la prestación por desempleo[20].

En definitiva, el alto grado de temporalidad y rotación del sistema español de contratación provoca efectos perjudiciales para la calidad del trabajo, la formación y los derechos de los trabajadores, así como para las necesidades de mejora de la productividad y competitividad de nuestra economía y de las empresas[21].Tales corolarios perniciosos, al situarse en ámbitos externos o en el largo plazo no han sido tomados en consideración por las organizaciones productivas cuando han venido adoptando sus decisiones de gestión en el ámbito de los recursos humanos, máxime cuando la reforma de 2012 parecía haber dado por bueno el entendimiento de que los contratos temporales podían ser adecuados instrumentos de política económica para tratar de combatir el lacerante desempleo, diseñando incluso nuevas formas de contratación de dudoso amparo jurídico (apoyo a los emprendedores o primer empleo joven).

Este lamentable panorama venía exigiendo una intervención normativa capaz de revertir *de radice* tales inercias.

[18] Según la a Encuesta de Población Activa (EPA) del primer trimestre de 2021, el 23,8 % de los contratos suscritos en España son temporales. De conformidad con los datos del Eurostat en el año 2020, la media de temporalidad en la Unión Europea se situó en un 13,5 % mientras que en España casi duplicaba esa cifra, alcanzando el 24,2 %. CRISTOS EGUILIOR, M. y DE VEGA TREMIS, P.: "Reforma laboral: análisis de la ambiciosa modificación de la temporalidad de los contratos", Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 981, 2022, BIB 2022/231.

[19] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo", *Temas Laborales*, núm. 135, pp. 115-117; VARVA, S. y LÓPEZ INSUA, B. M.: "Plataformas digitales: Una perspectiva comparada en los ordenamientos italiano y español", *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 10, 2019, pp. 1008-1025.

[20] CRUZ VILLALÓN, J.: "La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual", cit., p. 210.

[21] CASAS BAAMONDE, M. E.: "Una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales. Conclusiones del debate del grupo FIDE", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2016, p. 296.

3. EL DIÁLOGO SOCIAL COMO AVAL DEL CONTENIDO NORMATIVO

Entendiendo erróneo considerar que "e1 empleo precario es preferible al desempleo total"[22] o que "es mejor un empleo sin derechos que la carencia absoluta de empleo y que se agravarían más los índices de paro si desaparecieran las situaciones infraprotegidas"[23], la reforma de 2021 apuesta por impulsar las posibilidades de creación de ocupaciones "decentes"[24]. Sin desmerecer otros éxitos de esta importante reforma como es la consolidación de los ERTE y la corrección de algunas inercias en el sistema de negociación colectiva, la verdad es que su principal acierto va asociado a su núcleo fundamental, centrado en la reducción de las elevadas dosis de temporalidad existentes implementando el diseño de mecanismos destinados a la generación de puestos de trabajo estables y más productivos, acompañados de superiores derechos laborales y que garanticen una mayor calidad de vida a los trabajadores y sus familias.

Antes de entrar en el fondo de las respuestas vertidas por la reforma para conseguir que la indefinición de los contratos de trabajo sea la regla y no la excepción, es menester reseñar que entre sus muchas virtualidades procedimentales, destacan dos fundamentales: de un lado, el camino seguido en su gestación, pues es fruto de un diálogo social tripartito culminado con éxito; de otro, el equilibrio del producto final derivado del alcance de un punto de encuentro entre intereses en conflicto, dando muestras cabales de la capacidad de transacción y avenencia entre los protagonistas, que combinan en su justo medio los logros, las soluciones de compromiso, las mutuas concesiones y, en fin, las renuncias[25].

Con esta reforma, no cabe duda de que el diálogo social y el acuerdo se recuperan como señas de identidad de un modelo social democrático, avanzado y maduro de relaciones laborales[26]. Se recobra, así, la impronta del diálogo social, entendido como una atracción de los agentes sociales hacia el ámbito propio de la elaboración de la política pública, de tal forma que influyen sobre ella, pero también la legitiman adicionalmente[27], no en vano proporciona "las capacidades institucionales necesarias para navegar el futuro de las transiciones"[28]. La función de la concertación social "se vincula íntimamente con la creciente necesidad de una gestión consensuada de los procesos sociales en los sistemas de gobierno de los países industrializados". En una perspectiva más concreta, que

[22] IGLESIAS CABERO, M. y MARÍN CORREA, J. M.: *Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial*, Madrid, Colex, 1999, p. 153.

[23] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "Economía sumergida y empleo irregular", *Relaciones Laborales*, 1985, Tomo I, p. 2. En estudio exhaustivo sobre esta problemática, MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.): *Derecho Social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica,* Granada, Comares, 2016, p. 640. En esta obra colectiva se hace notar que la existencia de prestaciones laborales ajenas a la tutela pública mínima se manifiesta como la expresión más severa del fracaso jurídico y político de un aparato institucional incapaz de adaptarse a los tiempos presentes y como un espacio privilegiado para las mayores violaciones de los más básicos derechos fundamentales. La economía informa es paradigmática en la tensión entre el respeto de los derechos laborales fundamentales, la protección social y demás rasgos del trabajo decente y su inobservancia radical, pero, además, es incompatible con el desarrollo sostenible de los Estados, en la medida que debilita los ingresos públicos, favorece la corrupción política e imposibilita el desarrollo de empresas responsables y competitivas.

[24] Para noción técnica de trabajo decente o digno de la persona de trabajo y la posición de la OIT, véase ampliamente, MONEREO PÉREZ, J. L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019, pp. 161 y ss. ("La dignidad de la persona que trabaja como expresión "materializada" del principio de dignidad humana"), y 217 y ss. ("Dignidad humana y trabajo decente: la función garantista de la OIT").

[25] MARTÍNEZ MORENO, C.: "Breve anotación a la reforma laboral", *Brief AEDTSS*, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/12/2_Martinez_NOTA-AEDTSS.pdf

[26] GOERLICH PESET, J. M., MERCADER UGUINA, J. R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Editorial", *Labos*, vol. 3, número extraordinario, 2022, p. 5.

[27] BAYLOS GRAU, A.: "El futuro de las normas del trabajo que queremos", en VV.AA.: *El futuro del trabajo que queremos*, Madrid, MEYSS, 2017, p. 123.

[28] OIT: *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra (OIT), 2019.

interesa particularmente a la relevancia de estos acuerdos en la coyuntura actual, "la concertación social se puede definir como un modo singular de formación de la política en virtud de la cual las grandes organizaciones de intereses intervienen en el proceso de adopción de decisiones de gobierno. La concertación refiere a un particular tipo de intercambio político que supone la transacción entre distintos núcleos de poder sustancialmente político"[29]. En un momento histórico de cambios estructurales –como el actual- que presenta la dimensión compleja de un "hecho social total" y que en calidad de tal incide en todos los ámbitos del sistema social (trabajo, economía, salud, bienestar, democracia, etcétera) es cuando se hace más necesario si cabe un nuevo pacto social (o nuevo contrato social como lo denomina la OIT) para dar una respuesta de adaptación y de equilibrio de racionalidades económicas y sociales[30].

Como con acierto ha señalado la doctrina, el diálogo social dota de legitimación adicional a la iniciativa gubernamental para la aprobación de normas legales y reglamentarias, desde la determinación de la oportunidad de las mismas y la acotación temática, hasta la redacción concreta de los contenidos de los proyectos. Dicho en otros términos, permite adoptar decisiones conjuntas o en colaboración entre el gobierno y los agentes sociales, de manera que estos últimos intervienen y se corresponsabilizan en las correspondientes decisiones del poder público, asegurando una mayor efectividad de tales propuestas en un contexto de mayor paz social. Enriquece, por tanto, el sustento democrático en una sociedad tan compleja y cambiante como la contemporánea[31].

Según la OIT, el diálogo social puede ser utilizado como instrumento para promover el buen gobierno y para fomentar no solo la cooperación entre los interlocutores sociales, sino también mejorar el rendimiento económico y el bienestar de los trabajadores. En ese sentido, crea un entorno cohesionado donde los agentes sociales pueden cumplir y trabajar para lograr objetivos mutuamente deseables de trabajo decente y crecimiento[32]. Así, parafraseando a la propia OIT, "fortalecer el respeto de los mecanismos de diálogo social y utilizarlos es una forma de cimentar la resiliencia y el compromiso de los empleadores y de los trabajadores para la adopción de medidas de política necesarias"[33]. La Unión Europea también ha señalado cómo el diálogo tripartito ofrece a las partes en el contrato social la oportunidad de considerar las cuestiones sociales más generales que trae consigo la situación actual y cómo abordar el futuro, orientando con ello las respuestas políticas de forma consensuada para su efectiva puesta en práctica [34].

Descendiendo a nuestro ordenamiento interno, la ubicación de los sindicatos y de las asociaciones empresariales dentro del Título Preliminar de la norma máxima opera como muestra clara de que su actuación resulta de gran relevancia para la consecución de los fines del Estado Social y Democrático de Derecho, proclamado por el art. 1.1 CE[35]. De este modo, el constituyente

[29] MONEREO PÉREZ, J. L.: *Concertación y diálogo social,* Valladolid, Lex Nova, 1999, pp. 16 y 22. "De tal manera que la concertación social acaba desempeñando el papel de *fuente de fuentes públicas y privadas* en materia económica y social" (*Ibid.,* p. 41). Un estudio completo sobre la trayectoria de la concertación social en España y su incidencia en la legislación laboral y de Seguridad Social, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.): *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos,* ÁLVAREZ GIMENO, R., DE VAL TENA, Á. L., MALDONADO MOLINA, J. A., MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., Y MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R. (Autores), Madrid, Consejo Económico y Social de España (Premio de Investigación del CES), 2015, p. 406.

[30] Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para la crisis y la recuperación", *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social,* núm. 1, 2020, pp. 16-83. https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/10403/10516

[31] CABERO MORÁN, E.: "Diálogo social y reconstrucción económica y social en la crisis del coronavirus", *Trabajo y Derecho*, núm. 12, 2020, p. 2.

[32] BALLIESTER, T. y ELSHEIKHI, A.: "The Future of Work: A Literature Review", *OIT Working paper*, núm. 29, 2018, p. 41.

[33] OIT: *Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus),* Ginebra (OIT), 2020.

[34] OIT: *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, cit., p. 44.

[35] MORENO VIDA, M. N.: "Persona, conflicto y pluralismo: Grupos organizados y mediación de los conflictos (Comentario al artículo 7 de la CE)", en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. *(...)*

atribuyó a las mismas un papel de innegable repercusión política, otorgándoles la condición de interlocutores óptimos ante los poderes públicos, portadores frente a ellos de los intereses de los ciudadanos[36]. No cabe duda, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, desde la sentencia de 11 de mayo de 1983, que la función de los sindicatos y de las asociaciones empresariales no es la de representar a sus miembros a través de esquemas del apoderamiento y de la representación del derecho privado, sino que la propia Constitución, en su art. 7, les ha investido, a diferencia de otras asociaciones ordinarias, el carácter de "asociaciones de relevancia constitucional" dentro del Estado social y democrático de Derecho con competencias para defender intereses generales de la sociedad[37]. Como con acierto se ha dicho, el art. 7 CE convierte a los sindicatos y las asociaciones empresariales en "piezas básicas del sistema social y político", mostrando una clara preferencia por estos tipos de organizaciones profesionales en comparación con otras formas de asociación, como las formas corporativas e incluso las fórmulas espontáneas o asamblearias[38].

Así, el Tribunal Constitucional ha dado a los sindicatos y asociaciones empresariales la condición de "organismos básicos del sistema político" o de "piezas económicas y sociales indispensables" para la defensa y promoción de los intereses colectivos"[39], de manera que si los partidos políticos son cauce para la participación política de los ciudadanos, los sindicatos y asociaciones empresariales se conciben como canales de participación social[40], como portadores de los intereses característicos de la sociedad productiva. Estos intereses, pese a ser contrapuestos, no pueden simplificarse en un modelo constante de conflicto, perteneciente más bien a los inicios del movimiento obrero en el albur de las revoluciones industriales, sino que, sin olvidar esta característica de confrontación siempre latente, también pueden actuar de consuno en relación con el poder público para lograr el bienestar social o el desarrollo de una vida digna.

Bajo tales postulados, el Real Decreto Ley 32/2021 cuenta con la legitimidad máxima bajo el auspicio del diálogo social, recogiendo el contenido de los acuerdos alcanzados por los interlocutores sociales en un texto que aglutina varias líneas de actuación, dentro de las cuales ocupa un lugar primero y principal la reforma de los cauces de acceso al mercado de trabajo con el fin último de reforzar del principio de causalidad en la contratación temporal. Todo ello dentro del marco del Componente 23 (que lleva por rúbrica "Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo") del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en su reforma 4: "Simplificación de contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad y simplificación de la contratación temporal", que no olvida cómo los agentes sociales europeos que suscribieron el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, incorporado en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, expresaron en su Preámbulo que "los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores", sentando un doble objeto: a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación; y b) establecer un

(Dirs.): *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Comares, 2002, pp. 115 y ss.; SANGUINETI RAYMOND, W.: "Sindicatos y diálogo social en España: un balance", *Ius et Veritas*, 2005, p. 219.

[36] "Se desea que esa representación de intereses colectivos sea lo suficientemente eficaz y eficiente como para que influyan en el proceso de adopción de decisiones por parte de los poderes públicos. Esa participación, en clave de diálogo social, escasamente juridificado, en todo caso propicia que se logre un cierto equilibrio de los correspondientes intereses presentes en nuestra sociedad, de forma que se proporcione una satisfacción mínima a los representados y, con ello, se permita la integración de tales grupos sociales dentro del sistema político", CRUZ VILLALÓN, J.: "La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2004, pp. 142-143.

[37] SALA FRANCO, T.: "Art. 7", en PÉREZ TREMPS, P. y SAIZ ARNAIZ, A. (Dirs.): *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 223.

[38] GARCÍA MURCIA, J.: "Art. 7", en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, BOE, 2018, p. 19.

[39] STC 11/1981, de 8 de abril.

[40] MORENO VIDA, M. N.: "Diálogo social y concertación en las Relaciones Laborales de Andalucía", *Temas Laborales*, núm. 100, 2009, pp. 551 y ss.

marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada[41].

4. LA OPORTUNIDAD DE LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS: EL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL COMO HILO CONDUCTOR

Cierto es que tradicionalmente la opción entre la contratación temporal e indefinida no ha sido libre. Las necesidades permanentes de personal debían ser cubiertas con personal fijo y el reclutamiento temporal debía responder a la concurrencia de una causa específica y, por tanto, ser casi residual[42]. La causalidad o tasación legal de las circunstancias habilitantes para la celebración de vínculos *a termino* implicaba, como *conditio sine qua non*, la necesaria concurrencia de unos presupuestos legitimadores en cada caso que la empresa no podía obviar, exigiendo un ajuste perfecto entre el supuesto legalmente previsto y la realidad del trabajo requerido, sin ser de recibo usar un molde determinado para una situación de hecho ajena al mismo.

Así pues, la autonomía de la voluntad de las partes no desplegaba toda su potencialidad a la hora de determinar el contrato laboral que iba a unir al empleador y al trabajador, no en vano los principios de estabilidad en el empleo y de conservación del negocio jurídico convertían a la contratación indefinida en la regla general y configuraban a la temporal como excepcional, amparada en una precisa tipificación. De este modo, debía acudirse, como regla general, al contrato de duración indefinida, salvo que se apreciaran alguna de las hipótesis previstas legalmente para la celebración de un contrato limitado en el tiempo[43].

Sin embargo, pese a esta rígida configuración teórica, en la práctica, la tendencia ha sido siempre la contraria, pues dentro de esta variedad, las empresas han preferido, sobre todo en los últimos años, recurrir a la contratación temporal frente a la indefinida, muchas veces utilizando esta vía de forma irregular, sin respetar los presupuestos justificativos al amparo del art. 15, pero toras muchas veces de forma lícita, pues dicho precepto, con anterioridad a esta última reforma, olvidaba que no debían colocarse en pie igualdad a la contratación indefinida y a la temporal, no quedando claro en su tenor el impedimento a una opción empresarial sin condicionantes.

Por tal razón, el Real Decreto Ley 32/2021, de una forma categórica, se encarga de recalcar la preferencia por la contratación indefinida a través de una serie de cauces contundentes y efectivos:

1.- Frente a su precedente, que parecía permitir la elección en el tipo de contrato de trabajo a realizar ("podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada"), la nueva redacción parte de una declaración categórica de que el contrato de trabajo se "presume concertado por tiempo indefinido".

2.- Frente al "podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos", que a continuación se enumeraban, ahora se circunscriben las posibilidades "solo" y únicamente a dos: "por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora", lo cual implica la desaparición de la figura del contrato para obra o servicio determinado, muchas veces utilizado como subterfugio para atender necesidades permanentes de mano de obra.

3.- De modo concreto, se exige, para que se entienda que concurre motivo justificado de temporalidad, "que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la

[41] TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: "Notas sobre la contratación temporal en España", *Net21*, núm. 1, 2021, p. 4.

[42] NORES TORRES, L. E. y RAMOS MORAGUES, F.: "La contratación laboral en el sector público", en BLASCO JOVER, C. (Dir.): *Empleo y productividad en el sector público y en el privado. Valoración, retos y oportunidades*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 148.

[43] Por todas, STS, Social, 17 octubre 2006 (rec. 2426/2005).

contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista", facilitándose un posterior control sancionador y judicial[44].

4.- Aclara que "las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas", incluyendo, como primera aproximación a la espera de los oportunos pronunciamientos judiciales, no sólo (como antes) los supuestos de fraude sino cualquier otra transgresión de menor entidad.

5.- La empresa ya no podrá desvirtuar la condición de contrato indefinido (y a jornada completa) si, como ocurría en la anterior regulación, "de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho.

6.- Rebajando los márgenes temporales, tendrán la consideración de fijas "las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses (antes treinta y veinticuatro meses, respectivamente), con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal". Es más, en lo que supone una novedad, se convertirá en indefinido quien "ocupe un puesto que ha sido ocupado dieciocho meses en un periodo de veinticuatro, con o sin solución de continuidad, con dos o más contratos temporales por circunstancias de la producción", esto es, aunque sea por varias personas trabajadoras, esto es primando así la estabilidad de la última[45].

7.- Se establece una cotización adicional para los contratos de muy corta de duración (entendiendo como tales, aquellos que tengan una duración inferior a 30 días). Dicha contribución se calculará multiplicando por tres la cuota resultante de aplicar la mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes, el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes (art. 153 TRLGSS). Se trata de una cantidad fija que, por tanto, será proporcionalmente más gravosa mientras más corto sea el contrato y mientras más bajo sea el salario y, por tanto, la específica base de cotización, si bien no se aplicará ni a los trabajadores agrarios, empleados al servicio del hogar familiar, minería y a todos los contratos por sustitución[46].

8.- En el caso ya previsto de solicitud del trabajador de copias de los contratos ante el Servicio Público de Empleo para acreditar la condición de fijeza, dicho servicio público deberá informar también a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social "si advirtiera que se han sobrepasado los límites máximos temporales establecidos".

9.- La transgresión empresarial de la normativa sobre contratación temporal deja de ser general y da lugar a una infracción –y sanción- por cada persona, al tiempo que se incrementan las cuantías previstas en el art. 40 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del orden social (LISOS) (grado mínimo, de 1.000 a 2.000 euros; medio, de 2.001 a 5.000 euros y máximo, de 5.001 a 10.000 euros), lo que sin duda alcanza un carácter plenamente disuasorio[47].

[44] NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "El contrato por circunstancias de la producción en el Real Decreto Ley 32/2001", *Brief AEDTSS*, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf

[45] FRABEGAT MONFORT, G.: "Una primera y sintética aproximación al Real Decreto Ley 32/2021, de reforma laboral", *Aranzadi Digital*, núm. 1, 2022 (BIB 2022/2).

[46] NIETO ROJAS, P.: "La contratación temporal en el Real Decreto Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones", *Labos*, Vol 3, Número monográfico 2021, p. 38.

[47] FALGUERA BARÓ, M. A.: "Guía/esquema de la reforma laboral de 2021", *Revista Cuidad de Trabajo*, núm. 50, 2022, p. 273.

10.- Se orientan *ex lege* las medidas que puedan establecerse en convenio colectivo sobre planes de reducción de la temporalidad, así como sobre la fijación de criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa, los criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, o la fijación de porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos.

11.- Se incide en la singularidad de la *causa contrahendi* de los contratos formativos: mientras que la razón típica del contrato de trabajo es el cambio de trabajo por salario (tal y como sintetiza la expresión legal "servicios retribuidos" del art. 1.1. ET), la causa de estos vínculos es más amplia, en cuanto que el cambio se produce entre trabajo de un lado y salario más formación de otro. Desde tal perspectiva, se intenta afianzar precisamente su característica más singular, cual es precisamente la "formación", tan necesaria en los momentos actuales de reconversión de los procesos productivos por mor de la transición digital y ecológica.

12.- En fin, se relanza el contrato fijo-discontinuo, aglutinando la fuerza de la inserción laboral a través de esta vía que unifica en un mismo contrato indefinido los trabajos "fijos-discontinuos" y "fijos-periódicos", extendiéndose más allá de incentivar su uso en actividades estacionales, para ser un instrumento que coadyuve a atajar la temporalidad [art. 16 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)][48].

5. EL IMPULSO DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO COMO CAJÓN DE SASTRE

Se permite su utilización para cubrir cuatro extensas variables: 1) "la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada"; 2) "para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados"; 3) "para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa"; y 4) quedando superado el veto impuesto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 julio de 2020[49], "para la cobertura de contratos de puesta a disposición en el marco de las empresas de trabajo temporal".

Como fácilmente puede constatarse, en estos dos últimos supuestos no se una vinculación necesaria con el decurso de las estaciones u operaciones sujetas a interrupciones, sino con negocios jurídicos interempresariales[50], de manera que "los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones" o como plazos de espera entre la conclusión de un contrato de puesta a disposición y el inicio del siguiente, sin que ello conlleve incremento de costes empresariales, pues no se devengan salarios, ni indemnizaciones, ni tampoco cotizaciones a la Seguridad Social. La supuesta incertidumbre en el mantenimiento de la continuidad de la actividad empresarial por parte de la contratista o de la ETT se sanciona ahora legalmente, de tal forma que durante el periodo de espera de recolocación se abre la puerta a la percepción por el trabajador fijo-discontinuo de las prestaciones por desempleo [art. 267.1.d) 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 (TRLGSS)], remitiendo a los convenios la posibilidad de establecer la obligación empresarial de satisfacer a las personas trabajadoras una cuantía indemnizatoria por fin de llamamiento, cuando este coincida con el fin de la actividad y no se produzca, sin solución de

[48] GARCÍA ORTEGA, J.: "El contrato fijo discontinuo tras el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral", *Brief AEDTSS*, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf

[49] Núm. 728/2020.

[50] GARCÍA ORTEGA, J.: "El contrato fijo discontinuo tras el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral", *Brief AEDTSS,* https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf

continuidad, una nueva convocatoria. No obstante, siguiendo aquí a la doctrina jurisprudencial, el cómputo de la antigüedad se calculará teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados[51].

Cabe la posibilidad de que la pérdida de contratas o concesiones esté contemplada en la negociación colectiva como supuesto de subrogación convencional, adoptando una de estas dos opciones: de un lado, la relación fija-discontinua que pueda haberse establecido con la contratista saliente continuará en las mismas condiciones con la entrante, de manera que las reglas legales en materia de inactividad solo jugarán en caso de que no esté prevista o no se cumplan los requisitos establecidos en el convenio[52]; de otro, se abrirá al trabajador la opción de seguir en su contrato, a la espera de la recolocación, o pasar a la nueva contratista. Todo ello en el bien entendido sentido de que el plazo máximo de inactividad entre subcontratas puede ser determinado por los convenios colectivos sectoriales, aunque "en defecto de previsión convencional, será de tres meses". A su vencimiento, "la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma", que se materializarán principalmente en medidas de flexibilidad interna (suspensión de contrato o reducciones de jornada) o externa (extinción del contrato por causas económicas, técnicas o de producción). En este último supuesto, el contrato ya no estará suspendido sino extinguido, sin que exista deber alguno de llamamiento en caso de que la empresa iniciara una nueva prestación de servicios[53].

La nueva redacción del art. 16 ET abre mayores expectativas al correcto cumplimiento del llamamiento por cuanto exige que los convenios colectivos establezcan para ello criterios objetivos y formales siendo debidamente notificadas a la persona interesada las indicaciones precisas sobre las condiciones de su incorporación, con una antelación adecuada. Además, la obligación empresarial de "trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada ejercicio, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan" también comportan instrumentos novedosos de refuerzo útil de la estabilidad en el empleo[54]. Es más, la remisión a la posibilidad de ejercer las acciones que procedan en caso de

[51] Recoge la jurisprudencia actual que distingue entre la antigüedad a efectos del complemento personal de antigüedad, a cuyo efecto han de tomarse tanto los periodos de servicios como los de inactividad [STS 1 febrero 2021 (rec. 4073/2018), siguiendo la doctrina sentada por el Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 (asuntos acumulados C-539/18 y C-472/18)] y antigüedad a efectos de calcular la indemnización por despido, en cuyo caso solo se computan los servicios efectivamente prestados, lo cual no es discriminatorio (STS 30 julio 2020 (rec. 324/2018)]. GARCÍA ORTEGA, J.: "El contrato fijo discontinuo tras el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral", *Brief AEDTSS*, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf

[52] GOERLICH PESET, J. M.: "Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías", *Labos*, Vol. 3, número extraordinario, 2021, p. 60.

[53] La defensa originaria de la aplicación matizada –atendiendo a sus peculiaridades- de la normativa sucesoria laboral en los supuestos de "subrogación convencional", con base en una noción funcional de unidad u organización productiva, fue realizada en MONEREO PÉREZ, J. L.: "Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contratas y concesiones administrativas", en *Relaciones Laborales,* núm. 7, 1986, pp. 9-43; "Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los «casos difíciles» en la jurisprudencia reciente", en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extra 5, 2017; MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N.: "La subrogación contractual a través de la negociación colectiva", en VV.AA.: *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-ré,* Albacete, Bomarzo, 2021, pp. 491-506; MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N. y LÓPEZ INSUA, B. M.: "Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos", en Gestión Y Análisis De Políticas Públicas (GAPP), núm. 22, noviembre-abril de 2019. https://doi.org/10.24965/gapp.i22.10630; MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: "Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional -«ex convenio colectivo sectorial»-. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo", en *La Ley Unión Europea*, número 65, 2018.

[54] TRILLO PARREGA, F. J.: "El contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021", *Net21*, núm. 9, 2022, p. 4.

incumplimientos (art. 16.3.3º ET), sin mención expresa de la acción de despido, que ha sido el cauce de defensa tradicionalmente utilizado en estos supuestos, permite una mejor garantía del derecho a la tutela judicial efectiva al dar mayor satisfacción a los posibles variados intereses de los afectados, máxime cuando, como derivada del principio de transparencia, la elaboración de censos anuales también facilita el conocimiento de cada persona sobre su ubicación a efectos de llamamiento y permite controlar posibles incumplimientos generadores de perjuicios.

Sea como fuere, limitando el juego automático de las posibilidades de combinación, se permite que los convenios colectivos de ámbito sectorial acuerden, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos (art. 16.5.2º ET).

6. LA DESAPARICIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR OBRA O SERVICIO

El fácil recurso a la estadística da sobradas muestras de una realidad harto preocupante: el contrato de obra o servicio aglutinaba los mayores índices de temporalidad, hasta el punto de que casi el 40 por 100 de los contratos celebrados en 2021 lo han sido a través de esta vía, lo que denota implícitamente su utilización muchas veces fraudulenta y abusiva. Tales elevadas cotas cuantitativas contaban con una doble explicación atajada frontalmente por la reforma de 2021:

1.- Una laxitud en la definición del contrato por obra o servicio en el anterior art. 15.1 a) ET, que atendía a dos elementos, cada uno de ellos indispensable pero desvirtuado en su aplicación práctica: una circunstancia fáctica consistente en la ejecución de una obra o servicio "con autonomía y sustantividad propias" y un término resolutorio que expresaba a ciencia cierta que el contrato se va a extinguir con el transcurso del tiempo (tres años prorrogables 12 meses más si así lo prevé el convenio colectivo). El primero de los datos referidos remitía a la existencia de un extremo ajeno al nexo contractual: un trabajo específico y diferenciado, definido por su limitación temporal intrínseca. El segundo indicaba la temporalidad de la obra o servicio objeto del vínculo e impedía su utilización para atender actividades de naturaleza permanente teniendo en cuenta el objeto y finalidad de la empresa.

Ahora bien, pese a su apariencia encorsetada, este diseño vino dando cobijo una utilización masivamente torticera, lo que ha motivado su derogación *in toto*.

2.- Una permisiva regulación de las contratas y subcontratas (art. 42 ET), impulsada por mor de la reforma de 2012, que posibilitaba el recurso a la contratación temporal, normalmente a través del contrato por obra o servicio vinculado a la duración de la relación mercantil o administrativa[55]. La reforma de 2021 impide recurrir al contrato de obra y servicio determinado con carácter general y específicamente para los supuestos de contratas y subcontratas, siguiendo la interpretación judicial sostenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2020[56], en virtud de la cual cuando la actividad de la contratista consiste "precisamente, en desarrollar servicios para terceros", no concurre el requisito de que esa obra o servicio presente la "autonomía y sustantividad propia, dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa", que se exigía con anterioridad a la reforma de 2021 para poder justificar la temporalidad del contrato de trabajo.

Como ya consta, la reforma de 2021 da entrada para cubrir las necesidades de personal asociadas a contratas y concesiones administrativas al contrato fijo-discontinuo siempre y cuando las relaciones interempresariales mercantiles o inteviniendo adjudicadores públicos, "siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa" (nuevo art. 16 ET), en cuyo caso

[55] Y ya antes de dicha reforma MONEREO PÉREZ, J. L. y SERRANO FALCÓN, C.: *La subcontratación empresarial Hacia un nuevo modelo de regulación,* Documento de trabajo 160/2010, Madrid, Fundación Alternativas, 2010, 72 pp., y bibliografía allí citada. https://www.fundacionalternativas.org/storage/laboratorio_documentos_archivos/bdd953a9a366619ace42093ac43d5dad.pdf

[56] Rec. 1137/2020. Seguida por la STS 2 febrero 2021 (rec. 3645/2018).

los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones".

Ello se completa con la prohibición del nuevo art. 15 ET sobre utilización del modificado contrato eventual para "la realización de trabajo en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurran las circunstancias de la producción en los términos [previstos con carácter general para este contrato]"; esto es, una vez que se esté desarrollando la actividad de la contrata, se puede acudir a la contratación temporal por circunstancias de la producción, bien por "el 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", o bien ante "situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida" (90 días).

Todo ello sin olvidar que el nuevo apartado 6 del art. 42 ET, tras la reforma de 2021, establece que el "convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III". Con la reforma de 2021, se apuesta porque los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas tengan unas condiciones laborales, en particular las salariales, sustancialmente iguales a las de la empresa principal o, al menos, que sean las del convenio sectorial aplicable a la empresa contratista, aunque dicha empresa tuviera convenio colectivo propio (siempre que este no fuera más favorable), acogiendo, pues, el criterio de aplicación del convenio de sector en función de la actividad efectivamente ejecutada por los trabajadores de las empresas contratistas en las empresas clientes[57]. Es más, en el inciso final del art. 42.6 ET, se señala que "cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84", que, conviene tener presente, ha quedado marginado en materia salarial deviniendo aplicables las condiciones económicas del convenio de sector.

7. LA REGULACIÓN DE UN NUEVO CONTRATO INDEFINIDO EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

Si bien es cierto que las obras tienen una duración determinada, también lo es que las empresas constructoras realizan consecutivamente diferentes obras, circunstancia que hace necesario reformular la configuración tradicional del "contrato fijo de obra" del sector de la construcción, eliminando su componente temporal en la línea marcada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de junio de 2021[58].

La reforma de 2021 introduce una nueva redacción en la disposición adicional 3ª Ley 32/2006, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción (LSC), para establecer el nuevo régimen jurídico del nuevo "contrato indefinido adscrito a obra", cuyo objeto es ahora la realización de "tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculados a obras de construcción, teniendo en cuenta las actividades establecidas en el ámbito funcional del Convenio General del Sector de la Construcción". Aun cuando se sigue entendiendo de una forma muy amplia el principio de causalidad justificativa del recurso a este vínculo dando cabida a quehaceres ordinarios, lo cierto es que se adopta un punto de vista radicalmente contrario porque el nexo actualmente diseñado tiene carácter indefinido eliminando cualquier viso de inestabilidad. Es más, ya no se alude a la posibilidad habilitada en convenio colectivo de prestación de servicios a una misma empresa en distintos centros de trabajo sucesivos utilizando un único vínculo contractual, sino que cada "tarea" o "servicio" obligaría a formalizar un nuevo contrato, que podría recaer en el

[57] STS 11 junio 2020 (rec. 9/2019).
[58] C-550/19.

mismo trabajador o no, si bien esta premisa se encuentra atemperada por la ineludible obligación empresarial de recolocación de la persona afectada, lo cual supone una garantía incuestionable de estabilidad.

La nueva disposición adicional 3ª LSC explica qué se entiende por finalización de las obras y servicios, atendiendo a únicamente a tres tasadas circunstancias: 1) la terminación real, verificable y efectiva de los trabajos desarrollados; 2) la disminución real del volumen de obra por la realización paulatina de las correspondientes unidades de ejecución debidamente acreditada; 3) la paralización, definitiva o temporal, de entidad suficiente, de una obra, por causa imprevisible para la empresa y ajena a su voluntad. Añade que "la finalización de la obra deberá ser puesta en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras, en su caso, así como de las comisiones paritarias de los convenios de ámbito correspondiente o, en su defecto, de los sindicatos representativos del sector, con cinco días de antelación a su efectividad y dará lugar a una propuesta de recolocación, que es obligatoria para la empresa". Se trata, por tanto, de evitar, a través de la recolocación, que la concurrencia de causas extintivas conlleve la verdadera terminación del vínculo.

La disposición adicional 3ª LSC aclara, además, que, de cara a la recolocación, "si fuera preciso, se debe llevar a cabo un proceso de formación. Este proceso, que será siempre a cargo de la empresa, podrá realizarse directamente o a través de una entidad especializada, siendo preferente la formación que imparta la Fundación Laboral de la Construcción con cargo a las cuotas empresariales". Una vez efectuada la propuesta de recolocación como requisito ineludible, el "contrato indefinido adscrito a obra" podrá extinguirse, bajo el rótulo "motivos inherentes a la persona trabajadora", en los tres supuestos siguientes: a) La persona trabajadora afectada rechaza la recolocación. b) "La cualificación de la persona afectada, incluso tras un proceso de formación o recualificación, no resulta adecuada a las nuevas obras que tenga la empresa en la misma provincia, o no permite su integración en estas, por existir un exceso de personas con la cualificación necesaria para desarrollar sus mismas funciones". c) "La inexistencia en la provincia en la que esté contratada la persona trabajadora de obras de la empresa acordes a su cualificación profesional, nivel, función y grupo profesional una vez analizada su cualificación o posible recualificación". Como puede fácilmente comprobarse, pese a su calificación formal, las dos últimas circunstancias para nada entroncan con factores subjetivos de la persona trabajadora; antes al contrario, se trata de claros motivos empresariales.

La extinción del contrato indefinido "por motivos inherentes a la persona trabajadora" en cualquier de las tres circunstancias anteriores, cuyo régimen jurídico será aplicable con independencia del número de personas afectadas, "deberá ser puesta en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras con una antelación de siete días a su efectividad". Se eluden así los trámites exigidos para los despidos colectivos cuando se superan los umbrales exigidos, tanto por lo que hace a la apertura de un período de consultas (in casu, simple información), como por lo que hace a la comunicación a la autoridad laboral, que se omite de plano, pero se garantiza el cumplimiento del principio de transparencia aunque solo sea uno el trabajador afectado.

Sea como fuere, ha lugar a "una indemnización del siete por ciento calculada sobre los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato, o la superior establecida por el Convenio General del Sector de la Construcción". Se acoge, por tanto, el parámetro tradicional que el convenio sectorial había establecido como cuantía indemnizatoria inherente a la extinción de los contratos de obra, eventual o, incluso, interinidad (art. 25.1), lo que en la práctica se traduce en un montante superior al previsto legalmente para la terminación de los contratos temporales (12 días de salario por año de servicio), si bien se habrá de comprobar en cada caso si alcanza el establecido para los despidos por causas empresariales (20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades) o asciende a una cantidad inferior en perjuicio del trabajador.

8. CONTRATO EVENTUAL

El nuevo diseño de este contrato responde a un doble objeto: de un lado, circunstancias de la producción "imprevisibles" y, de otro, circunstancias de la producción "previsibles".

1.-Las primeras, que incorporan el tradicional contrato eventual por circunstancias de la producción ahora derogado, se concretan en "el 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". El incremento de la actividad (normal o no de la empresa) debe ser irregular a lo largo del tiempo, pues si responde a un patrón regular y cíclico, esto es, no es ocasional sino intermitente, llevaría al art. 16 ET.

Corrigiendo la interpretación vertida con carácter previo por el Tribunal Supremo[59], aun cuando se trata de una razón organizativa en sentido estricto, ordinaria, permanente y plenamente previsible, el Real Decreto Ley 32/2021 señala que "entre las oscilaciones a que se refiere el párrafo anterior se entenderán incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales".

La duración máxima del contrato es ahora de 6 meses, admitiendo como antes una única prórroga, si bien por convenio colectivo de ámbito sectorial se podrá ampliar la duración máxima del contrato hasta un año.

2.-Las segundas van referidas a la atención "de situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada", que no se puede extender a más de 90 días (no continuados) en el año natural. Como límite adicional ya analizado *supra*, el tenor legal aclara que "no podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurran las circunstancias de la producción en los términos anteriores".

Las principales dudas que plantea el diseño de esta modalidad contractual entroncan con la concreción de la referencia a "situaciones ocasionales", pues aun cuando habilita para dar satisfacción a variadas necesidades empresariales de corta duración, parece que no permite atender, a la espera de los correspondientes pronunciamientos judiciales, a quehaceres con reiteración regular, excluyendo así las peonadas o faenas de recolección agrícolas o las necesidades cíclicas del sector turístico[60].

Sea como fuere, a ambas posibilidades de utilización del contrato eventual les corresponde una indemnización extintiva de 12 días de salario por año de servicio (art. 49.1 c) ET), manteniendo aquí la exigua cantidad anteriormente prevista para la terminación de vínculos temporales regulares, generadora de una conocida controversia judicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la que fueron exponentes los Asuntos De Diego Porras (14 de septiembre de 2016), Montero Mateos y Moreira Gómez (5 de junio de 2018) y De Diego Porras II (13 de marzo de 2019)[61].

[59] STS 30 octubre 2019 (rec. 1070/2017), en virtud de la cual "el que los trabajadores de la plantilla ejerciten sus derechos al descanso y a las vacaciones es una circunstancia plenamente previsible [...]. Tales ausencias al trabajo se producen dentro del normal desarrollo del contrato de trabajo y forman parte de la previsión organizativa que corresponde llevar a cabo al empleador, alejándose de la excepcionalidad que el contrato eventual viene a solventar

[60] NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "El contrato por circunstancias de la producción en el Real Decreto Ley 32/2001", *Brief AEDTSS*, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf

[61] MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P. G.: "Discriminación por la diferencia indemnizatoria entre trabajadores fijos y trabajadores temporales o interinos: de la doctrina Diego Porras a la nueva doctrina Montero Mateos y Grupo Norte Facility, S.A.", *La Ley Unión Europea*, núm. 61, 2018; *Ibid.,* "Cumplimiento de la prohibición de discriminación (cláusula 4 del Acuerdo Marco) pero dudas sobre las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal (cláusula 5) la doctrina De Diego Porras II", *La Ley Unión Europea*, núm. 66, 2019.

9. CONTRATO DE SUSTITUCIÓN

Manteniendo en su esencia los términos del régimen precedente, el objeto de esta modalidad contractual es triple:

1ª) Sustituir a quien "disfruta de derecho a reserva de puesto de trabajo", pues si no existiera derecho a la reincorporación del trabajador, no habría necesidad temporal que cubrir[62]. La exigencia de "reserva de puesto de trabajo" permite realizar, como anteriormente, una interpretación amplia del concepto de sustitución, incluyendo tanto suspensiones como interrupciones. Ahora bien, es menester aquilatar los términos, teniendo en cuenta, en primer lugar, que no será posible celebrar este contrato ni para sustituir trabajadores durante una huelga legal, salvo que se hayan incumplido los servicios de mantenimiento y seguridad o los servicios mínimos en huelgas en servicios esenciales para la comunidad (art. 6.5 Real Decreto Ley 17/1997, de 4 de marzo), ni para sustituir a un trabajador con contrato de trabajo suspendido por fuerza mayor temporal, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, ni tampoco por cierre patronal legal[63]. En segundo término, no cabe entender, en paralelo, que en los diferentes supuestos de interrupción de la prestación de trabajo (permisos, descanso semanal, crédito de horas de los representantes…), por su corta duración, pueda celebrarse un contrato de interinidad[64]. Además, queda descartada por la jurisprudencia la posibilidad de celebrar contratos de esta naturaleza para sustituir a trabajadores en vacaciones, no en vano "no se trata técnicamente de una suspensión del contrato sino una mera interrupción ordinaria de la prestación de servicios que no genera una vacante reservada propiamente dicha"[65]. De este modo, de entre los supuestos suspensivos contemplados legalmente, no plantea ningún problema la utilización del contrato de interinidad en los enumerados en el art. 45.1 c), d) [junto al 48.4, 48.5 y 48 bis], f), g), h), k) y n), pero quedan excluidos los mencionados en los párrafos e), i), j), l) y m)[66].

Como ya había señalado el Tribunal Supremo, el sustituto no tiene que realizar las mismas funciones que la persona sustituida[67], admitiéndose ahora también que "la prestación de servicios podrá iniciarse antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida, coincidiendo (ambas) en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días".

2ª) Completar una reducción de jornada, prevista legal o convencionalmente. Con anterioridad, con carácter general, se exigía que el vínculo se concertara a jornada completa, admitiéndose dos excepciones expresas (art. 5.2 Real Decreto 2720/1998): 1.- Cuando el trabajador sustituido estuviera contratado a tiempo parcial. 2.- Cuando el contrato se realice para complementar la jornada reducida de los trabajadores que ejerciten los derechos reconocidos en el art. 37, apartados 5 y 6 ET (por nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto; por guarda legal para el cuidado directo de algún menor de doce años o persona con discapacidad; para el cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo; para cuidar a un familiar de primer grado aquejado de enfermedad muy grave; o para atender, durante la hospitalización y tratamiento continuado, al menor a su cargo afectado por enfermedad grave) o también en aquellos otros casos en que, de conformidad con lo establecido legal o convencionalmente, se haya acordado una reducción temporal de la jornada del

[62] OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Dirs.): *Los contratos de trabajo temporales*, Madrid, Iustel, 2006, p. 256; MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.): *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico,* Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Comares, 2010, pp. 107 y ss.

[63] LÓPEZ TERRADA, E.: "Supuestos de contratación temporal", en GOERLICH PESET, J. M. (Coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 350.

[64] RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R.: "La causa en el contrato de interinidad", *Tribuna Socia*l, núm. 144, p. 35.

[65] STS, Social, 12 julio 1994 (rec. 121/1994). Con carácter más reciente STS 30 octubre 2019 (rec. 1070/2017).

[66] MARTÍN BARREIRO, M.: *Los contratos temporales causales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 295 y ss.

[67] SSTS 26 mayo 2021 (rec. 2199/2019) y 6 julio 2021 (rec. 2746/2019).

trabajador sustituido, incluidos los supuestos en que los trabajadores disfruten a tiempo parcial el permiso de nacimiento y cuidado de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de acuerdo con lo establecido en el art. 48.7 ET. Por tanto, adoptando una redacción legal genérica, se llega al mismo resultado que ya establecía la norma reglamentaria.

3ª) Cubrir una vacante mientras dura el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. Se incorpora así al ET una previsión que hasta ahora tenía mero rango reglamentario (Real Decreto 2720/1998), añadiendo un importante veto: que el puesto de trabajo ha de ser "fijo". Aquí sí se establece una estricta duración máxima del contrato, cifrada en tres meses (plazo que el convenio colectivo puede reducir, pero no ampliar), y se añade la prevención de que no puede celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada la duración máxima referida[68].

Si tales circunstancias se produjeran en el sector público, la disposición adicional 4ª Real Decreto Ley 32/2021 prevé límites para la celebración de contratos de sustitución por vacante, a saber: "se podrán celebrar contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público".

Precisamente, esta Ley trata de atajar el problema de la larga extensión temporal de las interinidades laborales por vacante, respecto de las cuales la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencias reiteradas, siguiendo la pauta marcada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha venido reconociendo, después de una jurisprudencia vacilante, la condición de indefinido no fijo cuando el vínculo se extendiera más allá de tres años[69]. Ahora la disposición adicional 17ª Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), determina que si se superara dicho plazo de tres años, el personal laboral interino por vacante tendrá derecho a una compensación económica, lo cual no supone novedad alguna respecto de la indemnización reconocida al personal indefinido no fijo[70]: "veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades…, si bien no habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria".

10. CONTRATOS FORMATIVOS

El simple manejo de las fuentes estadísticas pone de manifiesto que el paro es el principal problema de los jóvenes menores de 25 años en el mercado laboral español, con tasas que han crecido exponencialmente a raíz de la pandemia por la COVID-19, pasando desde un 25 por 100 en 2019 (parámetro de por sí elevado) a más de un 30,70 por 100 en diciembre de 2021[71], muy superior a la media de la zona euro que se sitúa en un 17,3 por 100 y también mucho más elevadas que las de otros países de nuestro entorno como Alemania (7,5), Austria (11,0), Polonia (12,70), Bélgica (17,10), Francia (19,10) o Suecia (19,40)[72].

[68] GÓMEZ ABELLEIRA, F.: "Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto Ley 32/2021", *Labos*, vol. 3, número extraordinario, 2021, p. 26.

[69] Aplicando doctrina de la STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19), entre muchas, SSTS 28 junio 2021 (rec. 3262/2019), 20 julio 2021 (rec. 4158/2021) y 2 diciembre 2021 (rec. 1321/2019)

[70] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Contratación temporal irregular en una sociedad mercantil estatal: la aplicación de la figura del "trabajador indefinido no fijo"", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL),* núm. 8, 2020.

[71] https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4247

[72] https://economia3.com/2021/08/27/458270-es-realmente-tan-abultada-la-tasa-de-desempleo-juvenil-en-espana/#:~:text=En%20el%20conjunto%20de%20la,conjunto%20de%20nuestros%20socios%20europeos

Estos altos porcentajes de desempleo juvenil, preocupantes por lo que significan de aplazamiento de trayectorias vitales, indefinición del futuro, alargamiento de situaciones de dependencia, etc., no son sino manifestación preclara de un problema de exclusión social de gran calado anclado en múltiples factores que se retroalimentan en un círculo vicioso. Entre ellos, cabe mencionar, en un esfuerzo de síntesis, las propias características de los puestos ofertados. Gran parte del empleo juvenil es precario tanto en términos de estabilidad como de cantidad de horas trabajadas. Son precisamente los jóvenes quienes experimentan una mayor probabilidad de ofertas temporales o informales de prestaciones de servicios, de inseguridad en la contratación, de perder el puesto de trabajo, de bajos salarios, de trabajo a tiempo parcial y de permanecer como demandantes de empleo durante períodos prolongados, circunstancias que les convierten en especialmente vulnerables[73].

Si las sucesivas reformas laborales han mostrado formalmente y en repetidas ocasiones que favorecer la empleabilidad, contratación y carrera profesional de los jóvenes era una preocupación y un objetivo de primera magnitud, es evidente que, a la vista de sus escasos resultados, o bien tales propósitos no eran tan firmes, siendo una mera formulación retórica, o bien han fracasado estrepitosamente, en una muestra de la dificultad de diseñar de forma coherente una política de empleo juvenil[74]. Ciertamente, el legislador de 2021 ha tratado de esmerarse más, intentando revertir la escasa utilización porcentual de los contratos formativos, corrigiendo algunos defectos técnicos de su diseño y encauzando directamente el fin formativo al efectivo y real aprendizaje de un oficio o profesión[75].

Bajo tales premisas, la nueva regulación establece dos categorías distintas de contratos formativos, suprimiendo las tres anteriores (el contrato para la formación y el aprendizaje, el contrato en prácticas y el contrato para la formación dual universitaria): una, el contrato de formación en alternancia y, otra, el contrato formativo para la obtención de práctica profesional.

10.1. Notas comunes

Ambas figuras presentan unas pautas comunes tendentes a conseguir el tránsito a un empleo estable y de calidad, a saber (art. 11.4 ET):

1) Se permite la celebración a tiempo parcial de las dos modalidades formativas, aspecto que anteriormente no era posible por su prohibición expresa para el contrato de formación y aprendizaje, habiéndose eliminado ahora dicha exclusión[76];

2) La acción protectora de la Seguridad Social comprenderá todas las contingencias protegibles y prestaciones, incluido el desempleo (modificándose el art. 267.1.6º TRLGSS para referir la nueva denominación de los contratos en cuanto a considerar la finalización como situación legal de desempleo) y la cobertura del Fondo de Garantía Salarial;

3) Las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género interrumpirán el cómputo del contrato;

4) El contrato deberá formalizarse por escrito, incluyendo el plan formativo individual;

---

[73] MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ BERNAT, J. A. y LÓPEZ INSUA, B. M. (Dirs. y Coords.): *Las políticas activas de empleo: Configuración y Estudio de su regulación jurídica e institucional,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 45 y ss., y 715 y ss. ("Jóvenes y políticas de empleo").

[74] GARCÍA QUIÑONES, J. C.: *Políticas activas de empleo durante la crisis económica (2010-2015)*, Madrid, Reus, 2015, pp. 572-573.

[75] MONTOYA MELGAR, A.: "El contrato de trabajo en prácticas", *Anuario Jurídico de la Rioja*, núm. 4, 1998, pp. 269 y ss.

[76] RODRÍGUEZ ROMERO, R.: "Los contratos formativos a la luz del Real Decreto Ley 32/2021: un necesario cambio de modelo con resultados aún inciertos", *Brief AEDTSS*, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/rosa-rodriguez.pdf

5) Los límites de edad y duración máxima del vínculo no serán aplicables cuando se concierte con personas con discapacidad o con colectivos en situación de exclusión social;

6) Por convenio colectivo sectorial estatal o autonómico o, en su defecto, sectorial de ámbito inferior, se podrán determinar los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse;

7) Por convenio colectivo (sin especificar ámbito) se fijarán criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa con estos contratos, así como posibles compromisos de conversión en indefinidos;

8) El contrato se entenderá celebrado por tiempo indefinido si se suscribiera en fraude de ley o se incumplieran las obligaciones formativas por la empresa (sin necesidad, por tanto, de que el incumplimiento sea total);

9) Los representantes de los trabajadores tienen derecho a ser informados sobre los acuerdos de cooperación educativa o formativa, sobre los planes y programas individuales y sobre los requisitos y condiciones de desarrollo de la actividad de tutorización;

10) La empresa tiene derecho a solicitar por escrito al Servicio Público de Empleo información relativa a si las personas a contratar han estado previamente contratadas bajo modalidad formativa y tendrá valor liberatorio a efectos de no exceder la duración máxima:

11) Se remite al desarrollo reglamentario, previa consulta con la Administración competente, el número de contratos por tamaño del centro, las personas en formación por tutor o tutora o las exigencias en relación con la estabilidad en la plantilla;

12) Se diseñan reglas de compatibilidad con las situaciones de crisis de empresa, autorizando la celebración de contratos formativos en los supuestos de suspensión de la actividad empresarial regulados en los arts. 47 y 47 bis ET, siempre que no se destinen a sustituir a personas afectadas por las medidas contempladas en dichos preceptos[77].

10.2. Contratación en alternancia

Este vínculo, asimilable al anterior contrato para la formación y el aprendizaje, tiene por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. Acoge, por tanto, la modalidad dual también para los estudios universitarios (art. 11. 2 ET).

Los sujetos que pueden celebrar este contrato son, al igual que sucedía con anterioridad, aquellos que carecen de titulación para realizar un contrato formativo para la obtención de práctica profesional, de manera que si tuvieran titulación previa solo podrán acogerse a esta vía si no hubieran tenido otro contrato formativo precedente asignado a una formación del mismo nivel y del mismo sector productivo. Solo podrá celebrarse un contrato de formación en alternancia por cada programa de estudios conducente a la obtención de la titulación.

Desaparece el límite general de 25 años como máximo para celebrar este contrato. De esta forma, la edad máxima se establece ahora en hasta 30 años pero sólo cuando el contrato se suscriba en el marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2 y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo-formación que formen parte del catálogo de especialidades

[77] Lo cual no incide para nada en la regulación de las acciones formativas llevadas a cabo por las empresas a favor de aquellas personas afectadas por el ERTE, que van a tener derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, en los términos previstos en el nuevo ap. 7 del art. 9 Ley 30/2015 (de 1 a 9 personas trabajadoras: 425 euros por persona; de 10 a 49: 400 euros por persona; y de 50 o más: 320 euros por persona).

formativas del Sistema Nacional de Empleo. No se establece límite ni para la formación profesional de grado superior ni para la universitaria.

La persona contratada contará con dos personas tutoras: una, designada por el centro o entidad de formación y otra designada por la empresa suficientemente cualificada para el seguimiento del plan formativo individualizado. Este último instrumento adquiere importancia capital, pues marcará no sólo el contenido de la formación, calendario y actividades sino también la duración del contrato, que se extenderá, sin posibilidad de celebrar período de prueba, entre un mínimo de tres meses (antes seis) y un máximo de dos años (antes tres), sin que nada impida, dentro de este espacio temporal, de un lado, la suscripción del vínculo con varias empresas y, de otro, el desarrollo de forma discontinua. No obstante, no se podrá celebrar cuando la actividad o puesto se haya desempeñado con anterioridad en la misma empresa bajo cualquier modalidad por tiempo superior a seis meses (antes doce). La reducción de los lapsos temporales es, pues, manifiesta.

El tiempo de trabajo efectivo no podrá ser superior al 65 por 100 durante el primer año y al 85 por 100 durante el segundo, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada máxima legal (antes, 75 por 100 y 85 por 100, respectivamente). Dicho en otros términos, la formación teórica no podrá ser inferior al 35 por 100 el primer año y al 15 por 100 el segundo. Está prohibida la realización de horas extraordinarias, trabajo nocturno y trabajo a turnos, si bien excepcionalmente se admiten las dos últimas vías cuando el aprendizaje no pueda realizarse en otros períodos atendiendo a la naturaleza de la actividad.

La retribución será la establecida para estos contratos en el convenio colectivo de aplicación, si bien en su defecto no podrá ser inferior al 60 por 100 el primer año ni al 75 por ciento en el segundo, respecto de la fijada en convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas en proporción al tiempo de trabajo efectivo, con el límite mínimo del salario mínimo interprofesional aplicado también bajo la regla de la proporcionalidad.

El contenido de la formación teórica queda remitido al posterior desarrollo reglamentario, que deberá guardar sintonía con la proyectada reforma de la Ley Orgánica de Formación Profesional.

10.3. Contrato formativo para la obtención de práctica profesional

Al igual que sucedía con anterioridad en relación con el contrato de prácticas, la celebración de este vínculo va unida a la disposición de un título, que ahora se concreta en: universitario, de grado medio o superior, especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional o equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral. En todo caso, el puesto de trabajo ha de permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios, de manera que la empresa ha de elaborar un plan formativo individualizado en el que conste el contenido de la actividad y la asignación de un tutor o tutora que cuente con formación o experiencias adecuadas para el desarrollo de un seguimiento óptimo (art. 10.3 ET).

Se reduce el plazo máximo de disposición del título a tres años o a cinco si se trata de una persona con discapacidad (antes cinco y siete años, respectivamente) para la celebración del contrato. No se podrá suscribir con quien ya haya obtenido experiencia en la misma actividad dentro de la empresa por un tiempo superior a tres meses, sin que se computen a estos efectos los períodos de formación o prácticas que formen parte del currículo exigido durante el tiempo de estudios.

La duración no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de un año (antes dos años). Ninguna persona podrá ser contratada en la misma o distinta empresa por tiempo superior al máximo previsto en virtud de la misma titulación o certificado. Tampoco cabe contratación por tiempo superior al máximo aunque se trate de distinta titulación o certificado, si bien esta limitación queda referida a la misma empresa y para el mismo puesto. Igual que sucedía con anterioridad, los

títulos de grado, máster y doctorado no se consideran la misma titulación, salvo que al ser contratado por primera vez la persona trabajadora estuviera ya en posesión del título.

La duración del período de prueba se reduce a un mes (ya no se remite a la titulación habilitante), salvo que el convenio colectivo disponga otra extensión temporal. No se permite la realización de horas extraordinarias salvo para la reparación de daños extraordinarios o urgentes o por razones de fuerza mayor.

La retribución del tiempo de trabajo efectivo será la fijada en convenio colectivo aplicable para estos contratos o en su defecto para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, sin que pueda ser inferior a la mínima establecida para el contrato de formación en alternancia ni al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Desaparece así el sistema de fijación de porcentajes mínimos en función de los períodos de prácticas cuya distribución no encontraría correspondencia con el nuevo máximo autorizado de un año.

La persona trabajadora tiene derecho a la certificación de la práctica realizada, una vez finalizado el contrato.

******

En fin, sirvan estas líneas de aproximación de conjunto a la reforma de 2021 en lo que se refiere a uno de sus aspectos clave cual es la garantía de la estabilidad en el empleo dentro de una fase inicial de un largo período de futuros debates doctrinales y judiciales, de los que irá dando buena cuenta la Revista que tenemos el honor de dirigir.

Estudios Doctrinales

Laborum

El derecho al abono y compensación de gastos en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia[1]

The right to payment and compensation of expenses in Law 10/2021, of July 9, on remote work

ICÍAR ALZAGA RUIZ *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*
https://orcid.org/0000-0002-8643-1092

Cita sugerida: ALZAGA RUIZ, I. "El derecho al abono y compensación de gastos en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 2 (2022)*: 35-53.

Resumen

La compensación de gastos en el trabajo a distancia es una de las grandes innovaciones del Real Decreto 28/2020, de 22 de septiembre y de la Ley de Trabajo a Distancia, habida cuenta del silencio guardado por la normativa anterior. No es fácil deslindar qué son medios y qué son gastos y más aún cuando esos gastos se refieren a necesidades profesionales y personales de las personas trabajadoras. El legislador llama a la negociación colectiva o al acuerdo colectivo a "establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos, siendo también de relevancia la concreción en el acuerdo individual de trabajo a distancia. El presente estudio analizará también la compensación de gastos en la negociación colectiva y los principales pronunciamientos de nuestros tribunales.

Palabras clave

Trabajo a distancia; compensación de gastos; Ley de trabajo a distancia

Abstract

The compensation of expenses in remote work is one of the major innovations of Royal Decree 28/2020 of 22 September and the Remote Work Act, given the silence of the previous regulations. It is not easy to distinguish between means and expenses, even more so when those expenses refer to the professional and personal needs of the people working. The legislator calls for collective bargaining or a collective agreement to "establish the mechanism for the determination, and compensation or payment of these expenses, being also relevant its concretion in the individual remote work agreement." This study will also analyse the compensation of expenses in collective bargaining and the main pronouncements of our courts.

Keywords

Remote work; compensation of expenses; Remote Work Act.

1. INTRODUCCIÓN

El punto de partida de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (en adelante, LTD) es que el trabajo a distancia es una fórmula que beneficia a ambas partes. Establece en su art. 4 el derecho a la igualdad de trato entre las personas, que trabajan a distancia y las que lo hacen presencialmente y prohíbe las diferencias injustificadas entre ambas formas de prestación de servicios. Aplica el principio de igualdad entre personas trabajadoras a distancia y presenciales. Este principio se irradia al sistema retribución, a la dotación de herramientas, medios y equipos y a la compensación de gastos. En este sentido, el art. 12 LTD establece de forma taxativa que: "1. El desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa, y no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral. 2. Los convenios o acuerdos

[1] Esta investigación se enmarca en el Proyecto de Investigación "La dimensión socio-laboral de los riesgos asociados al cambio tecnológico: Conceptualización, prevención y reparación" (DER 2021-01249), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (Plan Nacional I+D+I).

Fecha Recepción: 6/10/2021 - Fecha Revisión: 31/12/2021 - Fecha Aceptación: 2/1/2022
Pags. 35-53

colectivos podrán establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos".

La compensación de gastos en el trabajo a distancia -al igual que la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas- es una de las grandes innovaciones del Real Decreto 28/2020, de 22 de septiembre y de la LTD, habida cuenta del silencio guardado por la normativa anterior. El art. 13 ET no hacía referencia alguna a la obligación empresarial de compensación de gastos, pese a que el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo expresamente señalaba que "si el teletrabajo se realiza regularmente, el empresario cubre los costos directamente originados por este trabajo, en particular los ligados a las comunicaciones"[2].

Uno de los principales retos del legislador es conseguir la igualdad con el trabajo presencial. Este principio de igualdad de trato, cuando descendemos a la práctica puede no resultar tan sencillo porque el tipo de trabajo que realizan uno y otro trabajador puede ser diferente. En el trabajo a distancia, el trabajo es a resultado, por objetivos. Puede que haya cierto tipo de complementos extrasalariales o ciertos pluses que reciben los trabajadores presenciales, cuyo percibo por parte de las personas trabajadoras a distancia sea difícilmente defendible. La persona trabajadora, que percibe un plus de distancia, ¿tiene derecho a su cobro si presta servicios a distancia desde su domicilio, es decir, si no se produce un desplazamiento? ¿Cómo se conjuga esto con el art. 4 LTD, que expresamente señala que tendrán que cobrar lo mismo que los trabajadores presenciales? El trato igual y la prohibición de perjuicios por la prestación del trabajo a distancia no impide que puedan existir derechos "inherentes" a la prestación presencial del trabajo[3]. De hecho, la LTD afirma que las personas trabajadoras a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo, "salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial"[4]. Tendremos que acudir a la tesis del trabajo de igual valor[5]; veamos en qué términos.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS

La Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 -al igual que lo había hecho el Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1926[6]-, consideraba personas trabajadoras a los "obreros a domicilio"[7]. Con esta Ley -inspirada en el Proyecto alemán de Potthoff[8], se produce una significativa expansión subjetiva del Derecho del Trabajo, en buena medida reflejo de la definición que en el art. 1 de la Constitución de 1931 se daba de España como "una República democrática de trabajadores de toda clase", en un intento de alcanzar un consenso entre los partidarios de definir España como un Estado de trabajadores-obreros y aquellos deseosos de dar acogida a un concepto

[2] De lo dispuesto en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo se infiere que sobre el empresario pesa la obligación de abonar los costes relativos a agua, luz, calefacción, aire acondicionado, etc. así como aquellos ligados a las comunicaciones (wifi, etc.), siempre que exista pacto entre las partes y teniendo presente la naturaleza jurídica del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, que no es por sí mismo vinculante. En extenso, DE LA VILLA GIL, L. E.: "El trabajo a distancia", en VV.AA.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 309.

[3] CASAS BAAMONDE, M. E.: "El derecho del trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2020, p. 1430.

[4] Art. 4 LTD.

[5] En extenso, NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: Perspectiva constitucional reciente", *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012, pp. 19 y ss. y MARTÍNEZ MORENO, C.: *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: Causas y vías para combatirla*, Madrid, Bomarzo, 2019, pp. 52 y ss.

[6] El Código de Trabajo de 1926 no hacía ninguna mención al trabajo a distancia o a domicilio.

[7] Art. 6 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931.

[8] POTTHOFF, H.: *Is das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhälnis? Arbeitsrecht*, Berlin, Frankfurt, 1922, pp. 275 y ss.

más amplio de trabajador con la finalidad de acuñar un Estado, que lejos de apoyarse en postulados marxistas, aspirase a representar al conjunto de clases que integraban la sociedad[9].

Las sucesivas normas de jurados mixtos[10] aportaron una definición de contrato de trabajo a domicilio, que giraba en torno a dos elementos clave: por una parte, abría la posibilidad de que el trabajo a domicilio se llevase a cabo en la "morada" del propio trabajador; y, por otra, se precisaba que los trabajadores realizaban su prestación de servicios sin la vigilancia del empresario. Nada se regulaba en relación a la compensación de gastos ocasionados por el trabajo a distancia[11].

Para la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 eran "empresarios del trabajo a domicilio los fabricantes, almacenistas, comerciantes; etc.; los contratistas, subcontratistas y destajistas que encarguen trabajo a domicilio, pagando a tarea o a destajo dando o no los materiales y útiles del trabajo"[12]; y, obreros a domicilio, "los que ejecutan el trabajo en su morada u otro lugar libremente elegido por ellos, sin la vigilancia de la persona por cuenta de la cual trabajan, ni de representante suyo, y del que reciben retribución por la obra ejecutada"[13]. Si bien se hacía especial incidencia en la retribución del trabajo a distancia, se omitió cualquier referencia expresa a la compensación de gastos de la persona trabajadora a distancia[14], aunque sí se establecía en el art. 75 Cuarto LCT que el empresario estaba obligado "a reintegrar al trabajador de los gastos suplidos por éste, indispensables para la ejecución del trabajo. En el caso de que no estuviesen debidamente estipulados, el trabajador habrá de advertir al empresario antes o inmediatamente después de que aquellos se originen de su necesidad ineludible y de su cuantía". Esta previsión permitía a la persona trabajadora a distancia reclamar a la empresa los gastos ocasionados por la prestación de sus servicios[15].

La Ley de Relaciones Laborales de 1976 recogió las previsiones contempladas en la normativa anterior e incluyó en su listado de relaciones laborales de carácter especial el trabajo a domicilio[16]. Por su parte, el Estatuto de los Trabajadores (versión de 1980) reconsideró la especialidad del trabajo a domicilio y lo incluyó -en su art. 13- entre las modalidades de contrato de trabajo[17]. Esta inicial versión se mantuvo íntegra hasta la reforma laboral de 2012, que introdujo innovaciones de cierta trascendencia, así como la denominación de "trabajo a distancia"[18]. La histórica denominación de trabajo a domicilio quedó superada, pero al mismo tiempo la de "trabajo a distancia" parecía quedar rápidamente obsoleta por las más técnicas de "teletrabajo", "*Smart*

[9] PÉREZ SERRANO, N.: *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931. Antecedentes, textos y comentarios*, Madrid, RDP, 1931, pp. 57 y ss.

[10] Ley de 27 de noviembre de 1931 de jurados mixtos y Decreto de 29 de agosto de 1935, por el que se aprueba el texto refundido de jurados mixtos.

[11] En extenso, *vid*. GARCÍA MURCIA, J.: "El nuevo marco normativo del trabajo a distancia", en VV.AA.: *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Dir. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y Xavier Thibault Aranda, Las Rozas, Wolters Kluwer, 2021, pp. 36 y ss.

[12] Art. 5 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

[13] Art. 6 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

[14] DE LA VILLA GIL, L. E.: "Contrato de trabajo a domicilio", en VV.AA.: *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Madrid, Universidad de Madrid, 1965, pp. 16 y ss.

[15] AGUILERA IZQUIERDO, R.: "Los derechos económicos de los trabajadores a distancia: retribución y compensación o abono de gastos", en VV.AA.: *El trabajo a distancia: Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Dir. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAULT ARANDA, X., Las Rozas, Wolters Kluwer, 2021, p. 268.

[16] Art. 3.1.b) de la Ley de Relaciones Laborales de 1976.

[17] Es posible pactar un acuerdo de trabajo a distancia en un contrato por tiempo indefinido, en un contrato temporal o en un contrato a tiempo parcial, entre otros. Cfr. LAHERA FORTEZA, J.: "Obligaciones formales y contenido del acuerdo de trabajo a distancia", en VV.AA: *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Dir. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y Xavier Thibault Aranda, Las Rozas, Wolters Kluwer, 2021, p. 159.

[18] Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero).

working" o "trabajo en remoto"[19]. Esta normativa legal tampoco cubría todas las materias necesarias en la regulación del trabajo a distancia y en las que lo hacía, su intensidad era en ocasiones insuficiente[20].

Ninguna de las citadas normas contempló expresamente la compensación de gastos en el trabajo a distancia y los convenios y acuerdos colectivos solo ocasionalmente lo hicieron[21].

La crisis sanitaria provocada por la Covid-19 ha actuado como revulsivo de la implantación del trabajo a distancia y como factor de aceleración de los cambios legales: hemos asistido a un consenso social respecto de la necesidad de sustituir el trabajo presencial por trabajo a distancia siempre que fuera posible. El fenómeno expansivo ha venido propiciado por la decisión de la autoridad gubernativa de impulsar el trabajo a distancia como modalidad preferente de prestación de servicios frente al trabajo presencial. En este contexto, se aprobó el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, que dio carácter preferente al trabajo a distancia[22]. La norma, prevista en un primer momento para el período del estado de alarma decretado, iba acompañada de una previsión de prórroga en el caso de que persistiese la pandemia. Esta inicial previsión de urgencia tampoco reguló la dotación de medios, herramientas y equipos, ni la compensación de gastos[23]. Se pensó que la persona trabajadora debía aportar los dispositivos necesarios para la prestación de servicios a distancia, a la vez que recaían sobre ella los costes propios de la prestación de servicios en esas condiciones[24]. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2021 determina que las empresas no tienen que hacer frente a los gastos ocasionados al trabajador con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, en la medida en que con anterioridad a dicha norma, la obligación legal no existía. La Audiencia Nacional considera que la obligación de cubrir los costes del trabajo distancia no tiene carácter retroactivo y solo tiene efecto desde la aprobación del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, que reconoce este derecho por vez primera.

Esta inicial regulación de urgencia del trabajo a distancia sirvió de base a la regulación aprobada poco tiempo después a través del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de

[19] GARCÍA MURCIA, J.: "El nuevo marco normativo del trabajo a distancia", *cit*., p. 39.

[20] SALA FRANCO, T.: "El Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia", en VV.AA.: *El teletrabajo*, Dir. Tomás Sala Franco, Coords. Adrián Todolí Signes y Ángela Martín Pozuelo López, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 65.

[21] Los sucesivos Acuerdos Marco Interconfederales para la Negociación Colectiva no hicieron tampoco alusión a esta materia. Algún convenio colectivo -pocos- entró a regular la compensación de gastos de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia. Al respecto, cfr. el convenio colectivo de BP Oil España, SAU (Resolución de 23 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de BP Oil España, SAU, para sus centros de trabajo en Madrid y Las Palmas, BOE de 6 de febrero de 2018), el convenio colectivo de la empresa Thales España GRP (Resolución de 1 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Thales España GRP, SAU, BOE de 11 de julio) y el convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones (Resolución de 11 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SAU, BOE de 22 de junio). Para un estudio completo sobre la regulación de la OIT, cfr. GIL Y GIL, J. L.: "La declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020.

[22] Sobre el particular, GALA DURÁN, C.: "La diversificación del trabajo a distancia tras el Real Decreto-Ley 28/2020", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2020, p. 1473 y MONTOYA MELGAR, A.: "El Derecho del trabajo ante el Covid-19: Los motivos de legislador de urgencia", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 238, 2021, pp. 13 y ss.

[23] En extenso, ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia", *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 43, 2020 y VILLALBA SÁNCHEZ, A.: "El teletrabajo en tiempos de pandemia: de su implantación coyuntural a su regulación estructural en el derecho español", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 1, 2021.

[24] GARCÍA MURCIA, J.: "El nuevo marco normativo del trabajo a distancia", *cit*., pp. 46 y ss.

trabajo a distancia[25]. La fase reguladora iniciada por el Real Decreto-Ley 28/2020, precedida por algún otro impulso legislativo del trabajo a distancia por razones de conciliación de la vida laboral y familiar (RDL 6/2019) y por la legislación del período Covid-19, corrige la concepción inicial según la cual es la persona trabajadora quien aporta sus propios medios y asume los gastos derivados de la prestación de servicios a distancia[26]. Pasa a ser la empresa la que debe suministrar los medios, herramientas y equipos y compensar los gastos en lo que pueda incurrir la persona trabajadora[27]. En concreto, el Real Decreto-Ley 28/2020 incorpora dos precisiones de interés: *a)* Las empresas están obligadas a la dotación y mantenimiento adecuado de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad; y, *b)* El derecho de las personas trabajadoras a que la empresa les compense los gastos originados por su trabajo a distancia, sin que puedan asumir los "gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral", siendo los convenios o acuerdos colectivos los que establezcan "el mecanismo para la determinación y compensación o abono de estos gastos".

La LTD ha hecho suya la redacción del Real Decreto-Ley 28/2020 en lo que a la compensación de gastos se refiere y no ha incorporado modificación alguna; sin duda una oportunidad desaprovechada de mejorar la redacción del texto normativo, que no presenta el grado de claridad ni concreción que hubieran sido deseables[28].

3. LA COMPENSACIÓN DE GASTOS EN EL TRABAJO A DISTANCIA EN LA LEY DE TRABAJO A DISTANCIA

La LTD se explaya a la hora de regular cuestiones tales como la formación de las personas trabajadora a distancia, el derecho a la intimidad o el derecho a la desconexión digital, que son cuestiones que ya están reguladas en la normativa laboral y, sin embargo, en cuestiones novedosas y de vital importancia como la relativa a la cuantificación y abono de los gastos, la norma no detalla el contenido de la obligación empresarial.

Partiendo de la equiparación retributiva entre trabajadores a distancia y trabajadores presenciales, la LTD establece dos obligaciones empresariales de relevancia para la viabilidad del

[25] BOE de 23 de septiembre de 2020.

[26] La Disp. Transitoria Tercera del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre -como también lo ha hecho la Disp. Transitoria Tercera LTD, estableció que: "Al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan, le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria. […] En su caso, la negociación colectiva establecerá la forma de compensación de los gastos derivados para la persona trabajadora de esta forma de trabajo a distancia, si existieran y no hubieran sido ya compensados".

[27] GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: "La regulación del trabajo a distancia, un modelo en construcción", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 237, 2020, pp. 212 y ss.

[28] El Informe del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto del Trabajo a Distancia, empieza por denunciar que el procedimiento seguido en la solicitud de dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Trabajo a distancia "no resulta el adecuado, al tratarse de un texto abierto a consultas y reuniones con los interlocutores sociales, lo que ha dado pie a la aparición de un nuevo texto del Anteproyecto paralela y concurrentemente a las deliberaciones que se están llevando a cabo en este órgano consultivo. Como resultado, el CES ha debido pronunciarse sobre un texto no definitivo, circunstancia que desvirtúa la función consultiva legalmente atribuida a este Consejo". El Informe contiene un voto particular formulado por los consejeros del grupo primero del CES don Luis Burgos (CIG) y don Iñaki Zabaleta (ELA/STV) en el que señala lo siguiente: "En el Anteproyecto, a pesar de las llamadas a la igualdad retributiva entre las personas que trabajan presencialmente y a distancia, esta no está garantizada realmente. Es necesaria una estructura retributiva que lo garantice y que no se eliminen complementos salariales que tienen un recorrido histórico evidente y que, a pesar de su denominación, no responden exactamente a esos conceptos nominales, como asistencia, transporte, etc. Se propone el añadido de un artículo 12 bis con la siguiente redacción: "Los trabajadores a distancia tienen derecho a percibir todas las retribuciones, salariales o extrasalariales, que percibirían si prestaran servicios presencialmente, salvo que por convenio colectivo sectorial se establezca una estructura retributiva distinta para ellos".
Cfr. Consejo Económico y Social: Dictamen 2/2020, Sesión ordinaria del Pleno de 22 de julio de 2020, sobre el Anteproyecto de Ley de Trabajo a distancia, Madrid, Consejo Económico y Social, 2020, p. 18.

trabajo a distancia y que pueden lastrar o impulsar su desarrollo[29]: *a)* El derecho de las personas trabajadoras a "la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad"; y, *b)* El derecho de las personas trabajadoras a que la empresa les compense los gastos originados por su trabajo a distancia, sin que pueda asumir los "gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral". Son los convenios o acuerdos colectivos los que podrán determinar qué gastos deben resarcirse y cómo se llevará a cabo ya sea compensando los gastos originados por el trabajo a distancia, bien sea abonándolos la empresa.

3.1. Dificultades en la determinación de los gastos compensables

¿A qué gastos nos referimos y hasta dónde alcanzan? No es fácil deslindar qué son medios y qué son gastos y más aún cuando esos gastos se refieren a necesidades profesionales y personales de las personas trabajadoras. Por ejemplo, el tener conexión wifi en la vivienda se va a destinar a teletrabajar pero también al ocio del trabajador. ¿Qué sucede con la luz, la calefacción, el aire acondicionado, la línea fija telefónica o la fibra óptica? En nuestra opinión, el art. 12 LTD se refiere no solo a los gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral -cuando menciona que no serán asumidos por la persona trabajadora-, sino también a los gastos corrientes, que abona la persona trabajadora por prestar servicios desde su domicilio y a los denominados complementos extrasalariales, siempre y cuando vengan reconocidos vía autonomía colectiva[30]. La finalidad del art. 12 LTD es que la persona trabajadora no asuma ningún gasto por prestar servicios desde su domicilio: ni los gastos derivados de las herramientas, medios y equipos (art. 11 LTD), ni los gastos corrientes derivados de la prestación de servicios desde su vivienda o desde el lugar libremente elegido por la persona trabajadora, ni los denominados complementos extrasalariales, cuya naturaleza es resarcitoria y compensan a la persona trabajadora por otros gastos soportados.

La conflictividad va a ser -está siendo- evidente. Probablemente, lo más razonable sea pactar una cantidad a tanto alzado que compense los gastos corrientes de la persona trabajadora a distancia a abonar por la empresa de una sola vez o mediante pagos periódicos; cantidad que puede variar en función de los días a la semana en que se trabaje a distancia y que podrá ser también objeto de actualización si varían las condiciones iniciales de prestación de servicios. Algunos convenios colectivos así lo han reflejado[31], otros optan por aclarar que los gastos corrientes son por cuenta de la persona trabajadora y, en consecuencia, no asumibles por la empresa[32].

---

[29] *Libro Blanco del Trabajo a Distancia. Un enfoque orientado a la flexibilidad y el respeto de los derechos laborales*, Madrid, Observatorio del Trabajo a Distancia, 2020, p. 14.

[30] GÓMEZ ABELLEIRA, F.: *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 79.

[31] Entre otros, cfr. el convenio colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro (Resolución de 23 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro, BOE de 3 de diciembre), el convenio colectivo de oficinas corporativas del grupo Siemens Gamesa Renewable Energy (Resolución de 10 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de oficinas corporativas del grupo Siemens Gamesa Renewable Energy), el convenio colectivo del sector de grandes almacenes (Resolución de 31 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes, BOE de 11 de junio), el convenio colectivo de la Financiera del Corte Inglés (Resolución de 19 de abril de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Financiera El Corte Inglés, EFC, SA., BOE de 6 de mayo), el convenio colectivo de la Banca (Resolución de 17 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XXIV Convenio colectivo del sector de la banca, BOE de 30 de marzo) o el convenio colectivo de Agfa NV (Resolución de 22 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Agfa NV, sucursal en España, para sus centros de trabajo en Barcelona y Madrid, BOE de 5 de octubre).

[32] Entre otros, el convenio colectivo de RTVE (Resolución de 15 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, S.M.E., SA., BOE de 22 de diciembre de 2020) y el convenio colectivo de la empresa Thyssenkrupp Elevadores *(...)*

Los gastos corrientes serán en la mayoría de los supuestos adelantados por la persona trabajadora -a diferencia de los gastos derivados de la adquisición, mantenimiento y renovación de los medios, herramientas y equipos-, porque lo habitual es que los gastos corrientes del domicilio tengan su causa no solo en la prestación de servicios a distancia, sino también en las necesidades propias de la vivienda.

3.2. La concreción de los gastos en el acuerdo del trabajo a distancia

El trabajo a distancia es voluntario para la persona trabajadora y para la empresa. Requiere la firma de un acuerdo de trabajo a distancia[33], que podrá formar parte del contrato de trabajo inicial o negociarse posteriormente[34]. El contenido del acuerdo de trabajo a distancia viene regulado en detalle en el art. 7 LTD, lo que implica que las partes no pueden disponer ni individual ni colectivamente de esta regulación, que tiene naturaleza de norma mínima[35]. Solo podrán concretar, ampliar o mejorar lo dispuesto en la LTD, regulación que condicionará la voluntad de las partes en relación a los derechos y deberes en él contenidos. En nuestra opinión, el acuerdo de trabajo a distancia fortalece la figura del contrato de trabajo frente al convenio colectivo -la autonomía individual frente a la colectiva-, pues el eje de la regulación del trabajo a distancia gira en torno al acuerdo individual. La voluntad de las partes es un elemento central en el trabajo a distancia. Se requiere también acuerdo entre las partes para la compensación de gastos, que no puede establecerse de forma unilateral por la empresa.

(Resolución de 1 de junio de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el convenio colectivo de Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia, BOE de 3 de julio). Y, con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, por el que se regula por primera vez la obligación de compensar los gastos derivados del trabajo a distancia y se hace un llamamiento a la negociación colectiva para que dote de contenido a esa obligación, ya establecían que dicha obligación sería por cuenta de la persona trabajadora, entre otros, el convenio colectivo de Thales España (Resolución de 1 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Thales España GRP, SAU, BOE de 11 de julio), el convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones (Resolución de 11 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SAU, BOE de 22 de junio) o el convenio colectivo de Cruz Roja Madrid (Resolución de 6 de marzo de 2020, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Cruz Roja Española en la Comunidad de Madrid, BOCAM de 11 de julio de 2020). O también, convenios colectivos anteriores al Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, en los que se pacta que las personas trabajadoras asumirán los costes derivados de trabajar a distancia. En este sentido, convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España (Resolución de 23 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU, BOE de 13 de noviembre) y convenio colectivo de Nokia Transformation Enineering &Consulting Services Spain (Resolución de 29 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, SLU, BOE de 12 de agosto de 2020).

[33] Regulado en los arts. 6, 7 y 8 LTD.

[34] Sobre la posibilidad de que la empresa ofrezca vía email una compensación económica por los gastos derivados del trabajo a distancia, con la finalidad de incentivar que las personas trabajadoras presten servicios desde sus domicilios, cfr. la interesante sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2021 (Rec. 420/2020), que resuelve un conflicto derivado del ofrecimiento de una cantidad económica vía email, como compensación de gastos, a las personas trabajadoras que decidiesen trabajar a distancia, cantidad que luego la empresa se negó a abonar aduciendo que se trataba de una mera encuesta. Entiende la Sala que el compromiso de abono de esa cantidad ha de cumplirse. En concreto señala que: "concurriendo oferta y aceptación expresada a la hora de teletrabajar la comunicación emitida por la empresa en fecha 6 de marzo de 2.020 no se trataba de una mera encuesta, sino de una oferta concreta y en firme de unas nuevas condiciones de trabajo que obligan a las dos partes, sin que el complemento otorgado graciosamente por el director general de la empresa pueda sustituir en forma alguna la compensación pactada por las partes".

[35] LÓPEZ BALAGUER, M.: "Voluntariedad del trabajo a distancia: el acuerdo de trabajo a distancia", en VV.AA.: *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Dir.: Mercedes López Balaguer, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 104.

Habrá de redactarse un acuerdo de trabajo a distancia en el que se reflejen aspectos tales como el horario, el centro de trabajo al que queda adscrita la persona trabajadora, las herramientas, los gastos en que pueda incurrir esa persona por el hecho de trabajar a distancia, los medios, o las instrucciones sobre el uso de los instrumentos técnicos[36]. En lo que a los gastos ser refiere, el art. 7 LTD dispone que formará parte del contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, entre otros extremos la "enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación".

La importancia del acuerdo de trabajo a distancia es capital en la determinación y cuantificación de la compensación que ha de abonar la empresa. Es recomendable que se establezcan métodos de cuantificación, seguimiento y, en su caso revalorización, dado que muchos de los aspectos tratados no son invariables y responden a la realidad del momento. Es recomendable también que se concrete el momento y la forma en que se llevará a cabo el pago. Estos datos deben reflejarse con el mayor detalle posible para evitar posteriores desacuerdos. La persona trabajadora calculará los gastos corrientes a los que hará frente en su domicilio o en el lugar de prestación de servicios que haya elegido, presentará una propuesta a la empresa y ésta podrá aceptarla o rebajarla, siendo preceptivo alcanzar un acuerdo final. La compensación habrá de ser en metálico, abonada en el momento y la forma que acuerden las partes[37].

El legislador llama a la negociación colectiva o al acuerdo colectivo para completar la previsión contenida en el acuerdo individual de trabajo a distancia. Es posible la mera remisión al sistema convencional[38]. Y es posible también que la autonomía colectiva no entre a regular esta materia, por lo que será sobre el acuerdo individual de trabajo a distancia sobre el que gire su determinación y cuantificación[39]. En el supuesto de que haya regulación colectiva, se aplicará lo en ella dispuesto, salvo que la regulación contemplada en el acuerdo individual de trabajo a distancia sea más favorable para la persona trabajadora.

3.3. La compensación de gastos en la negociación colectiva

El legislador llama a la negociación colectiva o al acuerdo colectivo a "establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos"[40]. La fórmula para la determinación y abono de los gastos puede venir determinada vía autonomía colectiva, pero lo cierto es que a fecha de hoy son escasos los convenios o acuerdos colectivos que han entrado a regular esta cuestión[41], siendo el acuerdo individual de trabajo a distancia el que dota de contenido y formaliza la obligación empresarial de compensación de gastos. Esta ausencia de regulación vía autonomía colectiva ha sido fuente de conflictos, como tendremos ocasión de exponer en detalle

[36] El art. 7 LTD detalla un amplio contenido mínimo del acuerdo individual de trabajo a distancia.

[37] VV.AA.: *La nueva regulación del Trabajo a distancia y el Teletrabajo*, Coord. Martín Godino Reyes, Madrid, Francis Lefebvre, Claves Prácticas laborales Sagardoy, 2020, p. 59.

[38] LAHERA FORTEZA, J.: "Obligaciones formales y contenido del acuerdo de trabajo a distancia", *cit*., p. 169, quien recalca también la importancia del inventario de medios, equipos, herramientas del trabajo a distancia en la determinación de los gastos a compensar.

[39] Sobre la sustracción al régimen general previsto en el Estatuto de los Trabajadores para la modificación de condiciones de trabajo, de las condiciones de trabajo contempladas en el acuerdo individual de trabajo a distancia, cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "La modificación de las condiciones de trabajo en el contrato de trabajo a distancia", en VV.AA.: *El trabajo a distancia*. *Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre,* Dir. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y Xavier Thibault Aranda, Las Rozas, Wolters Kluwer, 2021, pp. 185 y ss.

[40] Art. 7 LTD.

[41] La mayor parte de ellos en sectores con cierta tradición en el trabajo a distancia como la banca, las cajas de ahorro o los grandes almacenes, entre otros.

más adelante. Sin duda, el desarrollo del sistema de compensación de gastos vía negociación colectiva generaría seguridad jurídica y disminuiría la litigiosidad.

La autonomía colectiva está llamada a regular, por una parte, el mecanismo para la determinación de los gastos, es decir, de cálculo y liquidación de las cantidades debidas y, por otra, la forma de compensación, siendo lo más razonable pactar el pago de una cantidad a tanto alzado, ya sea en un pago único o mediante pagos periódicos[42].

Algunos convenios colectivos, por lo general pertenecientes a sectores de actividad con tradición en la prestación de servicios a distancia, regulan la compensación de gastos[43]. Lo habitual es que se pacte una cantidad a tanto alzado que compense los gastos corrientes a abonar en un pago único o mediante pagos periódicos; cantidad que puede variar en función de los días a la semana que se trabaje a distancia, que podrá actualizarse al alza o a la baja si varían las condiciones iniciales de prestación de servicios y/o que se incrementará en el mismo porcentaje que lo hagan las tablas salariales. Veamos algunos ejemplos.

El convenio colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro detalla en su art. 14 que "por la totalidad de los gastos restantes que por cualquier concepto pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia percibirá una cantidad máxima de 55 Euros mensuales, que se abonará en proporción al porcentaje de jornada acordada en teletrabajo. […] Durante la vigencia del presente convenio la citada cantidad de 55 Euros se incrementará en el mismo porcentaje de incremento de las tablas salariales"[44].

El convenio colectivo del sector de grandes almacenes aclara que las personas trabajadoras a distancia tendrán derecho a percibir en compensación de gastos la cantidad de 25 euros brutos mensuales, por cada mes en el que efectivamente se trabaje a distancia[45].

El convenio colectivo de la Financiera del Corte Inglés señala en su art. 44 que "por la totalidad de los gastos restantes que por cualquier concepto pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia percibirá una cantidad máxima de 23 euros mensuales por la prestación de teletrabajo en jornada completa, aplicándose proporcionalmente en caso de jornadas inferiores. Igualmente, dicha cantidad se abonará en proporción a los días de prestación efectiva de servicios en régimen de teletrabajo respecto de los días de trabajo presencial"[46].

El convenio colectivo de oficinas corporativas del grupo Siemens Gamesa Renewable Energy regula muy en detalle en su art. 28 la compensación de gastos en el trabajo a distancia en los siguientes términos: "La prestación de los servicios a distancia por parte del/la empleado/a generará para este/esta los siguientes gastos, que se enumeran con carácter general, ilustrativo y no limitativo:

1.- Gastos derivados de la contratación de Internet (línea de ADSL, fija o conexión a internet Smartphone …).

2.- Gastos derivados del uso de electricidad.

3.- Gastos derivados del uso de calefacción, climatización…

[42] GÓMEZ ABELLEIRA, F.: *La nueva regulación del trabajo a distancia*, *cit.*, p. 81 y POQUET CATALÁ, R.: *El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, p. 135.

[43] Algún convenio colectivo anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, por el que se establece la obligación empresarial de asumir los gastos derivados del trabajo a distancia, reguló un llamado "complemento de teletrabajo", que viene a compensar los gastos de calefacción, agua, luz, limpieza, etc. En este sentido, cfr. el art. 48 del convenio colectivo de BP Oil España SAU.

[44] Resolución de 23 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro (BOE de 3 de diciembre).

[45] Art. 7 bis, Resolución de 31 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes (BOE de 11 de junio).

[46] Resolución de 19 de abril de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Financiera El Corte Inglés, EFC, SA. (BOE de 6 de mayo).

4.- Consumibles u otros medios particulares (impresora, etc.).

5.- Otros gastos de similar naturaleza.

Como contraprestación por todos aquellos gastos en los que pueda incurrir el/la empleado/a como consecuencia del desarrollo de sus funciones desde su domicilio, referidos con carácter general en el apartado anterior, la Empresa compensará al/ a la empleado/a con 55 € brutos mensuales, que resultarán inalterables durante toda la vigencia del Convenio, a partir del 1 de enero de 2021. Los periodos de no actividad laboral (incapacidad temporal, excedencias, etc.) no devengarán dicho complemento.

Los 55 € brutos mencionados en el párrafo anterior, a título enunciativo, podrían corresponder al desglose que se indica a continuación:

— 30 € brutos en concepto de consumo eléctrico y de climatización/calefacción.

— 20 € brutos en concepto de línea de internet (ADSL, fibra óptica o equivalente).

— 5 € brutos en concepto de consumibles de oficina (cartuchos de tinta para impresora, folios, etc.).

En cuanto a la compensación de ayuda a la comida, la empresa abonará 10,5 €/día, que resultarán inalterables durante toda la vigencia del Convenio, por los días efectivos de trabajo a distancia de lunes a jueves siempre que el empleado trabaje a jornada partida y excluyéndose de forma general los meses de julio y agosto. El personal con Calendario de campo en general se le abonará los meses de julio y agosto siempre y cuando preste su servicio en jornada partida"[47].

Y el convenio colectivo de la Banca detalla en su art. 27 que "por la totalidad de los gastos restantes que por cualquier concepto pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia percibirá una cantidad máxima de 55 Euros mensuales que se abonará en proporción al porcentaje de jornada acordada en teletrabajo. Durante la vigencia del Convenio, las citadas cantidades se revalorizarán anualmente en el mismo porcentaje de incremento de las tablas salariales, y en ningún caso, podrá ser compensable ni absorbible por ningún otro concepto salarial"[48].

Por el contrario, otros convenios colectivos establecen expresamente que los gastos corrientes derivados de la prestación de servicios desde el domicilio o desde el lugar elegido libremente por el trabajador son por cuenta de la persona trabajadora. Este es el caso del convenio colectivo de Radio Televisión Española (RTVE), en cuyo Anexo V se especifica que: "todos los costes asociados a la adaptación o mejora de las instalaciones domiciliarias, a las condiciones de trabajo y ambientales, así como los gastos de electricidad, agua, calefacción, etc., correrán por cuenta de la persona teletrabajadora"[49]. El convenio colectivo de la empresa Thyssenkrupp Elevadores establece en su art. 9 que "correrá a cargo del empleado/a la conexión a internet y la línea fija telefónica si esta fuese necesaria"[50].

Algunos convenios colectivos anteriores al Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, norma que fija por vez primera la obligación de compensar los gastos relativos al trabajo a distancia con una llamada de la autonomía colectiva para que dote de contenido la obligación empresarial, ya

[47] Resolución de 10 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de oficinas corporativas del grupo Siemens Gamesa Renewable Energy.

[48] Resolución de 17 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XXIV Convenio colectivo del sector de la banca (BOE de 30 de marzo).

[49] Resolución de 15 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, S.M.E., SA. (BOE de 22 de diciembre de 2020).

[50] Resolución de 1 de junio de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia (BOE de 3 de julio).

establecían que los gastos corrientes derivados de la prestación de servicios a distancia corrían por cuenta de la persona trabajadora. En este sentido, el convenio colectivo de la empresa Thales España GRP especifica que: "el empleado o empleada deberá de contar con los servicios de telecomunicaciones precisos de conectividad para poder desempeñar, en remoto, las funciones a desarrollar por medio del teletrabajo, los cuales deberán estar contratados con Telefónica. Todos los costes asociados a la adaptación o mejora de las instalaciones domiciliarias, a las condiciones de trabajo y ambientales, así como los gastos de electricidad, agua, calefacción, etc., correrán por cuenta del empleado o empleada"[51]. En parecidos términos, el convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones[52] aclara que: "todos los costes asociados a la adaptación o mejora de las instalaciones domiciliarias, a las condiciones de trabajo y ambientales, así como los gastos de electricidad, agua, calefacción, etc., correrán por cuenta del empleado o empleada". En fin, así se regula también en el convenio colectivo de Cruz Roja para la Comunidad de Madrid[53], en cuyo art. 70.7 se señala que "la Institución implantará las medidas tecnológicas necesarias para la realización del teletrabajo (aplicaciones, sistemas 365, ordenadores portátiles compartidos, etc.). No obstante no correrá con costes adicionales como la línea de conexión a internet, mobiliario (silla, mesa, etc.), suministros, etc."[54].

4. NATURALEZA SALARIAL O EXTRASALARIAL DE LAS CANTIDADES QUE COMPENSAN A LA PERSONA TRABAJADORA POR LOS GASTOS OCASIONADOS CON MOTIVO DE SU PRESTACIÓN DE SERVICIOS A DISTANCIA

La noción legal de salario que ofrece el art. 26 ET[55], coincidente en lo sustancial con la doctrinal[56], es la siguiente:

> "Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales, por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo".

No tienen la consideración de salario:

> "Las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos"[57].

[51] Resolución de 1 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Thales España GRP, SAU (BOE de 11 de julio).

[52] Resolución de 11 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SAU (BOE de 22 de junio).

[53] Resolución de 6 de marzo de 2020, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Cruz Roja Española en la Comunidad de Madrid (BOCAM de 11 de julio de 2020).

[54] DE NIEVES NIETO, N.: "El espacio de la negociación colectiva en la regulación del trabajo a distancia", en VV.AA.: *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Dir. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y Xavier Thibault Aranda, Las Rozas, Wolters Kluwer, 2021, p. 616.

[55] Ofrecía el mismo concepto de salario el art. 2 del hoy derogado Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, de Ordenación del Salario.

[56] ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2002, p. 326.

[57] Art. 26.2 ET.

De este concepto se deduce que todas las percepciones económicas de las personas trabajadoras cuya causa directa esté en el contrato de trabajo y no retribuyan un gasto o períodos de descanso retribuidos[58], han de ser consideradas salario.

Pero al mismo tiempo, de la noción legal de salario que nos ofrece el Estatuto de los Trabajadores -en la que se emplea la expresión "la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores"-, se infiere la presunción *iuris* tantum de que todo lo que recibe la persona trabajadora del empresario le es debido como salario y se entrega como pago liberatorio de la deuda salarial[59]. O dicho en palabras del Tribunal Supremo, existe:

> "una clara presunción en el sentido de que todas las cantidades que percibe el trabajador [del empresario] son salario"[60],

De forma que:

> "todo lo que el trabajador recibe de la empresa le es debido en el concepto amplio de salario, con todas las importantes consecuencias que tal conclusión comporta, debiendo jugar las excepciones legales cuando su existencia quede probada"[61].

El legislador ofrece una concepción amplia de salario, en base a la cual, es salario no solo la contraprestación directa del trabajo prestado, sino también la contraprestación indirecta o mediata que tenga su causa en el trabajo prestado de forma dependiente y por cuenta ajena[62]. Por todo ello, la parte que alegue el carácter extrasalarial de una atribución patrimonial deberá probarlo[63].

Para que una determinada percepción económica sea considerada salarial ha de tener carácter remuneratorio o retributivo[64], es decir, ser percibida como contraprestación del trabajo prestado. Si no concurre el carácter de contraprestación por los servicios prestados, la cantidad percibida por la persona trabajadora no tendrá carácter salarial.

Pese a la presunción en favor del carácter salarial de las percepciones económicas de la persona trabajadora, el art. 26.2 ET establece una serie de conceptos los que niega la condición de salariales. No tendrán la consideración de salario todas aquellas partidas que sean entregadas como

[58] Sobre la calificación de la naturaleza jurídica de la retribución de los períodos de descanso computables como de trabajo efectivo, la doctrina científica, lejos de mostrarse unánime, oscila entre diversas posturas. Obsérvese que esta retribución no responde, en el sinalagma contractual, a una prestación debida, sino que se retribuye tiempo libre. En un intento de esclarecer la cuestión, los autores se agrupan, (como ha destacado DE LA VILLA GIL, L. E.: "Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas", *RPS*, núm. 81, 1969, p. 86), en torno a diversas teorías. Para la "teoría asistencial", (defendida principalmente por PÉREZ, B.: "Las vacaciones no gozadas no son indemnizables", *RDT*, 1946, p. 229), la retribución del trabajo no prestado es el precio de la actividad de la persona trabajadora que beneficia a toda la sociedad. Las "teorías salariales", a las que se suma la mayoría de la doctrina científica (*vid*. BARASSI, L.: *Il Diritto del Lavoro*, A. Giuffré, Milano, 1935 y SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas", *RPS*, núm. 131, 1981, p. 30), consideran dicha retribución como un salario diferido o de inactividad. Cfr. asimismo, ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 91 y ss.

[59] No se puede negar, pues, la existencia de una vis atractiva consustancial al salario. Cfr. al respecto, RAMÍREZ MARTÍNEZ y ALFONSO MELLADO, C. L.: *El salario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 27.

[60] SSTS de 25 de octubre de 1988 (Ar. 8152) y 17 de abril de 1998 (Ar. 3064).

[61] Entre otras, *vid*. SSTS de 12 de mayo de 1984 (Ar. 3025), 12 de febrero de 1985 (Ar. 636), 25 de marzo de 1986 (Ar. 1385) y 25 de octubre de 1988 (Ar. 8152).

[62] MONEREO PÉREZ, J. L.: *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 13.

[63] STS de 9 de febrero de 1987 (Ar. 800) en la que se establece que "tal precepto [el art. 26 ET] instituye una verdadera presunción al menos "iuris tantum" de que las cantidades que perciba un trabajador de su empresario son salario, conllevando un desplazamiento de la carga de la prueba para que aquél que afirme lo contrario lo acredite". En este sentido, *vid*. STSJ de Extremadura de 21 de abril de 1993 (Ar. 1743) y STSJ de Madrid de 20 de mayo de 1993 (Ar. 2613).

[64] GONZÁLEZ POSADA, E.: "La determinación y estructura del salario", *Revista de Política Social*, núm. 141, 1984, p. 66.

una liberalidad del empresario, con ánimo indemnizatorio o resarcitorio. Y, así, no tienen tal condición:

- Las cantidades percibidas en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral. El carácter extrasalarial de las cantidades percibidas por la persona trabajadora en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral deriva de su carácter resarcitorio por los perjuicios originados y soportados en el seno de la relación laboral.
- Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social.
- Y, las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

En relación a estas excepciones, conviene recordar que no tienen carácter tasado, por lo que habrán de entenderse también excluidas, aun en el caso de que se reciban con ocasión de la vigencia de una relación laboral, aquellas percepciones económicas, que sin estar expresamente contempladas en el art. 26 ET, tengan un origen ajeno a la prestación de servicios.

El origen o causa de la compensación económica constituye el criterio determinante a la hora de establecer su naturaleza salarial o extrasalarial[65]. Si la compensación simplemente evita un gasto que habría de efectuarse por razón del trabajo desde el domicilio de la persona trabajadora o del lugar elegido por ésta, será considerada un elemento instrumental del mismo y no tendría consideración de salario. Por todo ello, las cantidades abonadas por la empresa en concepto de compensación de los gastos derivados de la prestación de servicios a distancia, son extrasalariales.

Del carácter extrasalarial de estas cantidades se derivan a su vez una serie de consecuencias, a saber: *a)* No se computan a efectos del cálculo de la indemnización por extinción de la relación laboral, ni a efectos de la determinación del salario por vacaciones, los períodos de descanso o los salarios de tramitación; *b)* No se benefician de las normas de protección y garantía del salario; y, *c)* Quedan excluidas de la responsabilidad solidaria, que se impone al empresario principal en los supuestos de contratas y subcontratas.

5. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE NUESTROS TRIBUNALES

En la LTD las remisiones a la negociación colectiva son constantes. Algunos convenios -pocos- han entrado a regular la compensación de gastos[66]; otros -la mayoría- hacen una referencia meramente testimonial y no entran a detallar el abono de gastos de la persona trabajadora a distancia, como hemos tenido ocasión de explicar.

Ante la falta de previsión de los convenios colectivos, en un primer momento, la tendencia de las empresas fue la de seguir abonando conceptos tales como el plus de transporte, los tickets

[65] STSJ del País Vasco de 26 de julio de 1989 (Ar. 1446).

[66] Entre otros, cfr. el convenio colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro (Resolución de 23 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro, BOE de 3 de diciembre), el convenio colectivo de oficinas corporativas del grupo Siemens Gamesa Renewable Energy (Resolución de 10 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de oficinas corporativas del grupo Siemens Gamesa Renewable Energy), el convenio colectivo del sector de grandes almacenes (Resolución de 31 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes, BOE de 11 de junio), el convenio colectivo de la Financiera del Corte Inglés (Resolución de 19 de abril de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Financiera El Corte Inglés, EFC, SA., BOE de 6 de mayo) o el convenio colectivo de la Banca (Resolución de 17 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XXIV Convenio colectivo del sector de la banca, BOE de 30 de marzo).

restaurante[67] (que son salario en especie si cubren total o parcialmente el coste económico de las comidas y no debe justificarse el gasto realizado[68]), el kilometraje, etc. Pero el mantenimiento de la

[67] La cuestión relativa a los tickets restaurantes es un tema delicado que ha dado lugar a varios pronunciamientos de la Audiencia Nacional: En una sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de diciembre de 2020 (JUR 2020\362571) resuelve un supuesto en el que las personas trabajadoras de una empresa venían percibiendo de lunes a viernes tickets restaurantes en virtud de lo dispuesto en un acuerdo colectivo. Cuando una persona se incorporaba a la empresa, se le entregaba la tarjeta restaurante que se recarga el día 1 de cada mes. Las personas trabajadoras tienen derecho a disfrutar de los tickets restaurante todos los días laborables de lunes a viernes incluida la jornada intensiva de verano por un importe de 5,40 € día. En el caso de trabajar en jornada partida durante la jornada intensiva de verano se devengarán 3,60 € días adicionales, que se abonará una vez que se termine la jornada intensiva. La cuestión litigiosa se centra en determinar si la decisión de la empresa de suprimir los tickets comida mientras dura el estado de alarma, beneficio social contenido en un acuerdo colectivo de empresa, constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo respecto de la que no cabe la unilateral imposición sin acudir a los mecanismos legalmente previstos para modificar las condiciones de trabajo cuando concurren circunstancias que lo justifiquen. La Audiencia Nacional analiza el supuesto planteado y considera que "nos hallamos ante un derecho de carácter colectivo ya incorporado de forma definitiva al acervo de los trabajadores, y que por tanto no puede ser modificado unilateralmente por la empresa sin contar con el acuerdo de los mismos", por lo que los trabajadores a distancia tienen derecho a seguir percibiendo los tickets restaurante.
En una posterior sentencia de fecha 18 de marzo de 2021 (JUR 2021\104897), la Audiencia Nacional resuelve otro supuesto de modificación del horario de prestación de servicios y supresión del ticket restaurante a las personas trabajadoras. El supuesto era el siguiente: Antes del estado de alarma, los trabajadores de una empresa del sector sanitario tenían un horario partido con una hora para comer y pactado en convenio colectivo el percibo de un ticket restaurante. Durante la pandemia, se les propuso teletrabajar desde sus domicilios. Al mismo tiempo, la empresa intentó llegar a un acuerdo para modificar el horario con la representación legal de los trabajadores, pero no consiguió un acuerdo. La representación legal de los trabajadores instó a la empresa a iniciar el procedimiento legal de modificación sustancial de las condiciones de trabajo fijado en el art. 41 ET. Ante esta falta de acuerdo, el 19 de marzo la empresa comunicó a las personas trabajadoras vía correo electrónico su decisión unilateral de instaurar temporalmente el horario continuado de 8 a 16 horas y, días después, informó a las personas trabajadoras por la misma vía que eliminaba el ticket restaurante. La Audiencia Nacional entró a conocer de este supuesto y entendió que la empresa no tiene facultad para modificar unilateralmente lo dispuesto en convenio colectivo, no puede modificar sustituyendo de forma súbita la normativa convencional que, desde siempre y pacíficamente, venía aplicando a sus trabajadores, por otra que además les causa perjuicio, ya que se les suprime el tiempo de descanso y a su vez se les quita una parte del salario con la supresión del cheque comida. El art. 41 ET no permite de forma indiscriminada que el empleador modifique condiciones colectivas cuando en las previsiones de la cualquier modificación de esta naturaleza viene condicionada a la existencia de "probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción".
En su sentencia de 22 de septiembre de 2021 (núm. 196/2021), la Audiencia Nacional entra de nuevo a conocer sobre este tema. En esencia, la cuestión litigiosa se centra en determinar si la decisión de la empresa de suprimir la compensación por comida al personal con jornada partida en régimen de teletrabajo es ajustada a derecho o no, en la interpretación de los preceptos convencionales de aplicación. Concluye desestimando la demanda por entender que la compensación está contemplada para la realización de la jornada partida presencial pero no en teletrabajo. A la conclusión anterior "se llega si se tiene en cuenta que es al empresario al que corresponde la concreta forma de materialización de la prestación compensatoria, esto es, si la realiza mediante un servicio de comedor en el centro de trabajo o bien mediante su pago en metálico. El precepto no obliga a realizar el abono de una cantidad de dinero, sino que señala que procede la entrega de la cantidad fijada en el artículo 41 del Convenio "salvo que" la empresa esté facilitando a su cargo un servicio de restaurante o comedor en el centro de trabajo. Por otra parte, la prestación del servicio de comedor es en el centro de trabajo o en sus cercanías inmediatas, por lo que el sentido que debe darse a la norma discutida es el postulado por la parte demandada, esto es, que la compensación por comida en jornada partida está pensada para el trabajo presencial y no para el teletrabajo". Esta sentencia cuenta con un interesante voto particular formulado por Ilma. Sra. Dª Emilia Ruiz-Jarabo Quemada.
Varios convenios colectivos han entrado a regular esta cuestión. Así, el convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones establece expresamente en su art. 20: "los días laborables de lunes a jueves de los meses de junio y septiembre, el personal percibirá una ayuda para la comida por medio de tickets restaurante por importe de 8,5 euros diarios. Quedan excluidos de esta ayuda los días en los que la prestación se realiza en régimen de teletrabajo", cfr. Resolución de 11 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SAU, BOE de 22 de junio de 2020). Por su parte, el convenio colectivo de la empresa Lyntia Networks para los centros de trabajo de Madrid y A Coruña especifica en su art. 45 que el vale de comida no se abonará los días en que la persona trabajadora preste servicios en régimen de teletrabajo (Resolución de 11 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Lyntia Networks, SAU., para los centros de trabajo de Madrid y A

(...)

situación de trabajo a distancia motivada por la pandemia y la obligación de compensar los gastos derivados de la prestación de servicios a distancia impuesta por el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre y posteriormente mantenida por la LTD, han provocado que algunas empresas hayan dejado de abonar determinadas compensaciones. La escasa regulación vía autonomía colectiva ha aumentado la litigiosidad, habiéndose dictado varias sentencias de interés sobre el particular. Veamos en qué términos, centrándonos en aquellas que se refieren a la compensación de gastos surgidos con ocasión del trabajo a distancia y no en otras que se refieren al pago de complementos de naturaleza salarial.

5.1. El plus de distancia y transporte urbanos

Una cuestión de interés es la de plus de transporte, también denominado plus de distancia o plus de transporte urbano. Su naturaleza es extrasalarial, en la medida en que su finalidad es compensar a la persona trabajadora por los gastos que le ocasiona el desplazamiento habitual al centro de trabajo desde su domicilio.

¿La empresa debe seguir abonando este plus aunque la persona trabajadora preste servicios desde su domicilio? La cuestión ya ha requerido la intervención de nuestros Tribunales. La Audiencia Nacional en sentencia de 30 de abril de 2021[69], reiterada en su pronunciamiento de 30 de junio de 2021[70], resuelve un supuesto en el que la empresa deja de abonar el plus de transporte a las personas trabajadoras a distancia. El supuesto es el siguiente: el convenio colectivo del sector de *contact center* establece un plus extrasalarial de transporte por cada día de trabajo efectivo, para aquellas personas que comiencen o finalicen su jornada a partir de las 24:00 horas (inclusive) y hasta las 06:00 horas (inclusive). El sindicato CGT alegó en su demanda, no que al trabajar a distancia el gasto de transporte no se produjese, lo que implícitamente reconoce, sino que el plus de transporte, si bien aparece bajo la denominación en convenio colectivo de plus extrasalarial, en

Coruña, BOE de 23 de noviembre de 2020). En el art. 45 se detalla que: "Con carácter general, el personal con régimen de jornada partida, que interrumpa al mediodía su jornada entre el tiempo mínimo y máximo establecido, tendrá derecho a percibir el vale comida cuyo importe será la cantidad establecida fiscalmente como cantidad exenta de tributación. El vale comida se devengará por día efectivo de trabajo en jornada partida y no se recibe en vacaciones ni en las gratificaciones extraordinarias. Dicho vale comida es incompatible con cualquier otro tipo de compensación o dieta por comida que se perciba. El vale de comida no se abonará los días que el personal efectúe teletrabajo".

[68] Sabido es que constituye salario en especie la entrega al trabajador de cheques restaurante con la finalidad de cubrir total o parcialmente el coste de las comidas de la persona trabajadora. Tiene naturaleza salarial cuando constituyen una partida retributiva fija y periódica, sin quedar condicionada a la justificación del gasto realizado, tratándose en este último caso de una partida de naturaleza extrasalarial. Planteada consulta a la Dirección General de Trabajo sobre si los tickets restaurante tienen la consideración de derecho inherente a la prestación de servicios de manera presencial y si ello implica la posibilidad de su supresión o eliminación por decisión unilateral de la empresa en el supuesto de paso de trabajo presencial a teletrabajo, la Dirección General de Trabajo establece el siguiente criterio: "En relación con los vales por comida o cualquier otra ventaja o partida económica en el caso concreto del trabajo a distancia […] se habrá de estar a la definición concreta que al respecto pueda hacer la norma convencional o el acuerdo colectivo, a si estos vinculan la percepción de dichos vales al mayor coste que supone comer fuera del domicilio habitual o bien al coste de la comida por cada día efectivamente trabajado en jornada partida en general, o si tienen en cuenta otras consideraciones. De manera que en el ámbito retributivo, más allá de los aspectos vinculados a las propias especificidades del trabajo a distancia, es obvio que no puede existir ninguna desigualdad que perjudique al mismo, sin que quepa con carácter general y de manera unilateral la supresión de los tiques comida o establecer sin más su inherencia al trabajo presencial". Criterio de la Dirección General de Trabajo de 22 de diciembre de 2020.
Asimismo, como elemento de cierre hay que tener en cuenta lo establecido en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre de acuerdo con la cual: "en ningún caso la aplicación de este real decreto-ley podrá tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas que prestasen con carácter previo sus servicios a distancia que se reflejarán en el acuerdo de trabajo a distancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 7".

[69] ECLI:ES:AN:2021:1669.

[70] EDJ 2021/628624.

realidad abona una mayor penalidad del trabajo desarrollado de noche, sin exigir -considera el sindicato- un desplazamiento concreto, ni unos concretos gastos, ni una justificación del desplazamiento, por lo que pese a su denominación se trata de un plus salarial por la propia naturaleza del mismo. En su sentencia, la Audiencia Nacional considera que la argumentación del sindicato CGT contradice la denominación que las partes han dado al plus en convenio colectivo identificándolo como plus extrasalarial de transporte. Entiende que "esta argumentación está ayuna de toda prueba y carece de toda credibilidad desde el momento en que el convenio colectivo en su art. 48 reconoce expresamente un plus de nocturnidad, por lo que constituye un auténtico desatino argumental alegar que el plus transporte abona la nocturnidad que ya se abona en otra norma del mismo convenio". En base a lo anterior, los magistrados rechazan la petición con un razonamiento simple: si no hay desplazamiento, no hay gasto. Al ser un concepto extrasalarial (compensa un gasto), el pago del beneficio pierde su razón de ser.

5.2. Otros gastos compensables por la empresa

¿Qué sucede en aquellos supuestos en los que la empresa venía poniendo a disposición de las personas trabajadoras una guardería, un servicio de lavandería o un gimnasio en las instalaciones de la empresa? Dependerá de cómo se hayan negociado estos beneficios. La persona trabajadora podrá seguir utilizando estos servicios cuando acuda al centro de trabajo, pero trabajando desde su domicilio en principio no cabría que reclamara que la empresa le pagase una guardería, una lavandería o un gimnasio cerca de su domicilio, salvo que así se hubiera pactado en acuerdo individual o colectivo o en convenio colectivo. No cabría, por tanto, a mi modo de ver que en estos casos la persona trabajadora a distancia alegara la existencia de un trato discriminatorio respecto de los trabajadores que acuden presencialmente al centro de trabajo.

Otra cuestión de interés radica en determinar si la actuación de una empresa, que abona la cantidad de 50 euros brutos mensuales en concepto de posibles gastos por suministros extras que puedan darse por el hecho de trabajar en su domicilio, a las personas trabajadoras que se acogieron a un Acuerdo de Teletrabajo de fecha 30 de julio de 2020, mientras que no abona esa cantidad a las demás personas trabajadoras que se encuentran en situación de teletrabajo desde marzo de 2020 por la totalidad de su jornada semanal como consecuencia de la pandemia provocada por el coronavirus, vulnera el principio de igualdad por otorgar la empresa un trato diferenciado a supuestos que son idénticos -en opinión de la representación sindical- sin que exista una justificación objetiva y razonable que ampare la actuación empresarial. O dicho en otras palabras, la cuestión se centra en determinar si la empresa puede abonar o no la cantidad de 50 euros brutos mensuales por gastos extras en función de que se trate de personas trabajadoras que prestan servicios permanentemente en régimen de teletrabajo (ajeno al Covid-19) o si prestan servicios en régimen de teletrabajo debido a la pandemia. De esta cuestión ha tenido ocasión de conocer la Audiencia Nacional en su sentencia de 5 de noviembre de 2021[71]. La Sala llega a la conclusión de que las distintas modalidades de teletrabajo existentes son iguales a efectos de devengar la compensación económica reclamada para quienes no la perciben "y por ello la consecuencia jurídica ha de ser también la misma, sin que sea ocioso añadir que de seguir la tesis de la parte demandada la empresa estaría obteniendo un enriquecimiento injusto pues por los suministros que asumen todas las personas trabajadoras en teletrabajo (energía eléctrica, teléfono, internet, etc.), unos los paga y otros son costeados por el personal, lo que carece de justificación". En consecuencia, condena a la empresa al abono de la cantidad señalada a todos los trabajadores que teletrabajan.

5.3. Gastos y lugar de prestación de servicios

Otra cuestión de interés es la relativa a los gastos y el lugar de prestación de servicios a distancia. ¿Tiene derecho la persona trabajadora a distancia a cambiar de lugar de prestación de

[71] EDJ 731631.

servicios o a tener más de un lugar de prestación de servicios (primera y segunda residencia) y a que el empresario le abone los gastos en todos esos lugares? En principio, el empresario está obligado a abonar los gastos en relación a un lugar concreto de prestación de servicios, que se fije en el acuerdo individual de trabajo a distancia. La obligación de abono de gastos operará respecto de un lugar concreto, salvo pacto en contrario. Si se establece la prestación de servicios en varios lugares (por ejemplo, varias residencias del trabajador), habrá que precisar el alcance de la obligación en el acuerdo de trabajo a distancia.

6. LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

La naturaleza de las cantidades percibidas en concepto de compensación de los gastos derivados de la prestación de servicios a distancia es extrasalarial, al no recibirse como contraprestación de los servicios prestados, sino por los gastos que la persona trabajadora ha debido afrontar en la prestación de su actividad laboral. Pero no toda cuantía de naturaleza extrasalarial está exenta de cotización a la Seguridad Social, al no existir correspondencia plena entre rendimientos del trabajo y cotización. O dicho en otras palabras, "la calificación de una retribución como salarial o extrasalarial tendrá su incidencia en la relación laboral, pero no será determinante de la constitución o integración de la base de cotización"[72]. En consecuencia, el hecho de que una determinada percepción tenga naturaleza extrasalarial, no implica que esté excluida de la base de cotización.

La LTD no ha previsto nada en relación a la configuración de estas partidas de compensación de gastos. En ausencia de regla especial, resulta de aplicación la regla general contenida en la normativa de Seguridad Social. Para determinar las cotizaciones a la Seguridad Social el art. 147.1 LGSS señala que: "La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena".

El legislador no busca la correspondencia entre salario y base de cotización. El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, así como el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, ampliaron considerablemente los conceptos incluidos en la base de cotización a la Seguridad Social. Los motivos de esta ampliación fueron varios: *a)* Aumentar los recursos económicos destinados a financiar el sistema público de Seguridad Social, a fin de lograr la sostenibilidad del sistema; *b)* Homogeneizar los conceptos cotizables a la Seguridad Social con los conceptos considerados rentas a efectos de la normativa tributaria; y, *c)* Evitar desigualdades en las cargas empresariales de Seguridad Social entre empresas, según la política retributiva adoptada por cada una de ellas[73].

El art. 147.2 LGSS enumera las percepciones económicas que no forman parte de la base de cotización o solo lo hacen si superan determinadas cuantías. Y así, no se computan en la base de cotización los siguientes conceptos: *a)* Las asignaciones para gastos de locomoción de la persona trabajadora que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, cuando utilice medios de transporte público, siempre que el importe de dichos gastos se justifique mediante factura o documento equivalente; *b)* Las asignaciones para gastos de locomoción de la persona trabajadora que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, así como para gastos normales de manutención y estancia

[72] RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "La determinación de la base de cotización tras las reformas llevadas a cabo por el RD-Ley 17/2003 y el RD 637/2014", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 2, 2015, p. 48.

[73] LLOMPART BENNASSART, M.: *La cotización a la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 17.

generados en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del perceptor y del que constituya su residencia, en la cuantía y con el alcance previstos en la normativa estatal reguladora del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas; *c)* Las indemnizaciones por fallecimiento, traslados, suspensiones[74] y despidos[75]; *d)* Las prestaciones de la Seguridad Social, las mejoras de las prestaciones por incapacidad temporal concedidas por las empresas y las asignaciones destinadas por éstas para satisfacer gastos de estudios dirigidos a la actualización, capacitación o reciclaje del personal a su servicio, cuando tales estudios vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo; y, *e)* Las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

Dichos conceptos son los únicos excluidos de la base de cotización al tratarse de una lista de exclusiones cerrada[76]. La tendencia legislativa ha sido la de reducir el listado de exclusiones. La finalidad es sencilla: incrementar la base de cotización para garantizar la viabilidad del sistema y, así, conceptos que tradicionalmente habían quedado exentos de la base de cotización por su naturaleza extrasalarial, ahora forman parte de ella[77]. En base a lo anterior y en la medida en que la compensación de gastos por prestación de servicios a distancia no se encuentra expresamente excluida de la base de cotización, deberá computarse a efectos del cálculo en la base de cotización[78].

7. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R.: "Los derechos económicos de los trabajadores a distancia: retribución y compensación o abono de gastos", en VV.AA.: *El trabajo a distancia: Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Dir. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y Xavier Thibault Aranda, Las Rozas, Wolters Kluwer, 2021.

ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia", *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 43, 2020.

CAIRÓS BARRETO, D. M.: "El papel y alcance de la negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo a distancia", *Trabajo y Derecho*, núm. 75, 2021.

DE LA VILLA GIL, L. E.: "Contrato de trabajo a domicilio", en VV.AA.: *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Madrid, Universidad de Madrid, 1965.

GALA DURÁN, C.: "La diversificación del trabajo a distancia tras el Real Decreto-Ley 28/2020", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2020.

GARCÍA MURCIA, J.: "El nuevo marco normativo del trabajo a distancia", en VV.AA.: *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Dir. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y Xavier Thibault Aranda, Las Rozas, Wolters Kluwer, 2021.

GIL Y GIL, J. L.: "La declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.: *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

LLOMPART BENNASSART, M.: *La cotización a la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

MARTÍNEZ MORENO, C.: *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: Causas y vías para combatirla*, Bomarzo, 2019.

[74] Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados y suspensiones estarán exentas de cotización hasta la cuantía máxima prevista en norma sectorial o convenio colectivo aplicable (art. 147.2 LGSS).

[75] Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador estarán exentas en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato (art. 147.2 LGSS).

[76] Deberá formar parte de la base de cotización cualquier otro concepto no contemplado en la lista de exclusiones, tanto si tiene naturaleza salarial como si no.

[77] LLOMPART BENNASSART, M: *La cotización a la Seguridad Social, cit.*, p. 85.

[78] Algún autor ha defendido con razón que: "es más que discutible que una compensación de gastos pueda considerarse "remuneración por razón del trabajo que realice por cuenta ajena" (art. 147.1 LGSS), lo que excluiría de raíz la obligación de cotizar: es evidente que pagar un gasto previamente incurrido no es remuneración por el trabajo, ya que un servicio o un trabajo se remunera (del latín "munus, muneris"; oficio, función, cargo), mientras que los gastos se compensan o sufragan o resarcen, pero no se remuneran". Al respecto, GÓMEZ ABELLEIRA, F.: *La nueva regulación del trabajo a distancia*, *cit*., p. 80.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

MONTOYA MELGAR, A.: "El Derecho del trabajo ante el Covid-19: Los motivos de legislador de urgencia", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 238, 2021.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: Perspectiva constitucional reciente", *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "La modificación de las condiciones de trabajo en el contrato de trabajo a distancia", en VV.AA.: *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre,* Dir. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y Xavier Thibault Aranda, Las Rozas, Wolters Kluwer, 2021.

POQUET CATALÁ, R.: *El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Luces y sombras del teletrabajo a domicilio en una nueva economía «de bajo contacto»", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 233, 2020.

SALA FRANCO, T.: "El Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia", en VV.AA.: *El teletrabajo*, Dir. Tomás Sala Franco, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

THIBAULT ARANDA, X.: "Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia", *Trabajo y Derecho*, núm. 12, 2020.

THIBAULT ARANDA, X.: "Ámbito de aplicación de la nueva Ley del Trabajo a Distancia: definición y calificación jurídica", en VV.AA.: *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre,* Dir. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y Xavier Thibault Aranda, Las Rozas, Wolters Kluwer, 2021.

La flexibilidad y el círculo interior de las organizaciones productivas

The flexibility and inner circle of productive organisations

ELÍAS GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ *Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valladolid*

Cita sugerida: GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. "La flexibilidad y el círculo interior de las organizaciones productivas". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 2 (2022)*: 55-78.

Resumen

La flexibilidad interna se resume en un conjunto de medidas dirigidas a proporcionar a la empresa su adecuación mediante una más adecuada gestión de la mano de obra. En cuanto al poder de dirección su concreción deriva principalmente del contrato de trabajo, o más precisamente, en el vínculo de subordinación. En la actualidad coexisten en el mercado distintas formas de organización productiva en las empresas que modifican el ejercicio tradicional del poder de dirección. La incidencia de la digitalización y los logaritmos influyen en el ejercicio de la actividad productiva, generando desajustes en la concepción tradicional de la interpretación de las normas laborales. Resulta por ello necesario establecer cuál es el estado presente de la cuestión y cuáles sus consecuencias.

Palabras clave

Poder de dirección; flexibilidad; logaritmo

Abstract

Internal flexibility can be summarised as a set of measures aimed at providing the company with its adequacy through better management of the workforce. As far as the power of management is concerned, it derives mainly from the employment contract, or more precisely, from the subordination relationship. Today, different forms of productive organisation coexist on the market in companies that modify the traditional exercise of managerial power. The impact of digitalisation and logarithms influences the exercise of productive activity, generating misalignments in the traditional conception of the interpretation of labour standards. It is therefore necessary to establish the present state of the matter and its consequences.

Keywords

Managerial prerogative; flexibility; logarithm

> *El entusiasmo por la próxima era de la automatización se remonta al menos a mediados del siglo XIX. Charles Babbage publicó ya sobre la economía de la maquinaria y las manufacturas en 1832. El paraíso al alcance de todos los hombres sin trabajo, fue escrito por John Adolphus Etzler y apareció en 1833. La filosofía de las manufacturas es obra de Andrew Ureen, de 1835.*

1. EL PODER DE DIRECCIÓN Y SUS LÍMITES: LA NUEVA FLEXIBILIDAD

La flexibilidad interna se resume en un conjunto de medidas dirigidas a proporcionar a la empresa su adecuación mediante una más adecuada gestión de la mano de obra[1]. Se trata pues de la capacidad empresarial para modificar las condiciones de empleo y la organización del trabajo en su centro de trabajo. En tal contexto vienen a hacerse uso de distintas instituciones: la movilidad funcional, el encuadramiento profesional, la movilidad geográfica, el sistema de modificación de las diferentes condiciones de trabajo, los sistemas de trabajo y rendimiento, la estructura salarial, la fijación de la cuantía de los salarios, o los complementos salariales. En fin tratase de la adaptación del trabajo a los cambios técnicos, económicos y productivos.

[1] *Vid*. RUESGA BENITO, S. M. (Dir.) *et al*: *Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012.

Fecha Recepción: 2/11/2021 - Fecha Revisión: 23/12/2021 - Fecha Aceptación: 24/12/2021
Pags. 55-78

La flexibilidad interna se encuentra presente en distintos preceptos normativos, como por ejemplo, entre otros: en la jornada de trabajo (art. 36 ET), en el trabajo a turnos (art. 37 ET), vacaciones anuales (Art. 38 ET), movilidad funcional (art. 39 ET), traslado (art. 40 ET), modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41 ET) y descuelgue salarial (art.82 ET).

En cuanto al poder de dirección su concreción resulta más compleja, abriéndose las dos caras de Jano: como empresario o como empleador. Dos pilares de poder clásico: el control de los medios de producción y el contenido de la noción de dependencia. Estos dos fundamentos reúnen los múltiples argumentos reunidos. Por tanto, el poder de control puede basarse en ambas cualidades reconocidas al emprendedor: la cualidad empresarial y la cualidad del empleador.

De hecho, la cualidad de propietario resulta ser un argumento recurrente en apoyo del control del uso de los activos de la empresa. Pero este fundamento por sí solo parece incapaz de justificar un control de las personas, de modo que el poder ejercido por el empleador deriva principalmente del contrato de trabajo, o más precisamente en el vínculo de subordinación. Es decir el poder del dueño es sólo sobre las cosas. La propiedad no se basa en ningún poder sobre las personas.

No sirve por tanto la concepción del Código Civil sobre la propiedad que resulta inadaptada a la estructura particular que representa hoy la empresa donde coexisten distintos poderes. Disociación por tanto entre propiedad y poder de decisión, que genera el que en la empresa exista en la actualidad un predominio del poder gerencial sobre los atributos clásicos de propiedad. Por lo tanto, es principalmente la cualidad del empleador lo que sustenta el poder de gestión de las personas.

El control mediante la técnica clásica del abuso de poder parecía inadecuado en este contexto. Esta técnica primaria se centra en la evaluación de los motivos del empresario. La subjetividad del control lo hizo débil. En realidad, se trataba de un simple control de la mala fe en el ejercicio del poder. El refuerzo del control del poder del empresario, visible en el derecho laboral, no podía limitarse a un control del abuso de poder.

Así es como los tribunales pasaron de un control de los motivos, a un control de los efectos de la decisión del empresario. Tal razonamiento permitió a los jueces, no verificar si la finalidad perseguida por el titular del poder era idéntica a la atribuida por la norma, sino controlar si esta decisión tomada por el empresario, evaluada en particular en relación con los medios aplicados, permitía satisfacer objetivamente el valor, o el interés subyacente a la norma.

Se ideó así en el contexto iuscivilista el requisito de proporcionalidad, requisito que puede tener significados diferentes. En primer lugar, puede entenderse como la adecuación entre la medida adoptada y el objetivo que se pretende alcanzar. La proporcionalidad se convierte entonces en un elemento de justificación de la restricción de la libertad del trabajador. Pero este principio también puede convertirse en un fin en sí mismo cuando se utiliza para sancionar la restricción de un derecho fundamental, por sus excesivas consecuencias para el trabajador.

El control de la proporcionalidad es el resultado del aumento del poder de la función reguladora del juez. Este mecanismo refuerza la apreciación soberana del juez, que ve reforzada su capacidad de sancionar el ejercicio del poder, y se beneficia del poder de decisión del juez.

Existe una antinomia entre contrato y poder. El contrato es un acuerdo de voluntades, mientras que el poder se caracteriza por la capacidad de imponer su voluntad a los demás. Es decir, existe un apunte autónomo para el poder, y otro distinto para el del contrato.

Sin embargo, el contrato de trabajo es original en el sentido de que coloca al trabajador, por su propia naturaleza, bajo la autoridad del empresario, y limita su libertad de acción. El contrato es un modo de restricción de la libertad, y además una de las principales deficiencias consiste en la imprevisibilidad que crea el uso del principio de proporcionalidad. Ella otorga al juez un poder de

circunstancia, cuya previsión no siempre es posible ni el resultado deseable, siendo difícil determinar en qué momento debe reconocerse la desproporción y, sobre todo, a qué sanción debe someterse.

El contrato de derecho civil no es lo mismo que la relación laboral, es muy diferente, y presta la misma atención a la seguridad contractual. En el mundo civil se busca el equilibrio contractual entre el poder y la libertad, tal subrayado a nivel civil no encuentra el mismo eco en las particularidades del contrato de trabajo.

En este orden de cosas en el derecho laboral tomó forma el *ius variandi*, concebido para adaptar el contrato a las necesidades cambiantes propias de un contrato de duración continuada. El mismo ha sufrido varias transformaciones a lo largo del tiempo, con miras a la conciliación continua entre las necesidades de la empresa, en un contexto socioeconómico diferente, y tratando de garantizar los derechos del trabajador.

La redacción original por parte del legislador del *ius variandi* se hizo sobre la base del modelo organizativo taylor-fordista y, por tanto, sobre una organización del trabajo caracterizada por procesos y tiempos de trabajo preestablecidos. La ley disponía que el empleado debería ser asignado a las tareas para las que fue contratado, el llamado principio de contractualidad de los deberes, pero otorgó al empresario la posibilidad de modificación unilateral del contrato, en derogación del principio contractual de consentimiento mutuo, cuando lo justificaran las necesidades de la empresa. Hoy el art. 22 y 39 ET vienen a representarlo, igualmente, podría entenderse en este ejercicio del *ius variandi* el art. 43.2, al señalar que "en defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo".

Se trata de medidas de flexibilidad interna, ordinarias, ligadas al poder regular de dirección del empresario, de forma que no se necesitan causas ni procedimientos de consulta o negociación para la adopción de las mismas.

En síntesis, la movilidad funcional en sus especificaciones se traduce en: cambios en el mismo grupo profesional; cambios a funciones de otro grupo profesional distinto; movilidad funcional del trabajador a un puesto superior; y movilidad funcional del trabajador a un puesto inferior.

Como es conocido en los cambios en el mismo grupo profesional, si el mismo se produce dentro de las categorías del mismo grupo profesional, se estará dentro del poder de dirección de la empresa, y no deberán justificarse los motivos de este cambio, exigiéndose respetar la dignidad del trabajador y una titulación académica o cualificación profesional para desempeñar las tareas. Cuando el cambio de funciones no es dentro del mismo grupo, la empresa tendrá que justificar la medida por razones técnicas u organizativas. En la hipótesis de que a un trabajador se le encomienda que realice unas funciones pertenecientes a un grupo superior, el encargo no podrá durar más de seis meses durante un año, u ocho meses a lo largo de los últimos dos años. Si en cambio a un trabajador se le encargan unas funciones correspondientes a un grupo profesional inferior, tendrá que ser un cambio por el tiempo imprescindible.

Tratándose de medidas de flexibilidad interna, no es necesario, al igual que en la movilidad geográfica, o en las modificaciones sustanciales, que concurra una situación económica negativa, ya que la promoción de estas medidas tiene por objeto promover una mejor productividad y una mayor competitividad, y adecuación de las empresas a las necesidades del mercado. La adaptación de las empresas a las circunstancias cambiantes del mercado constituye un bien jurídicamente protegido, que incrementa la capacidad de las empresas para competir en el mercado[2].

[2] *Vid*. Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de mayo de 2014, D. 25/2014. En ella se invoca la sentencia de 16 de mayo de 2011, R. 197/2010 del Tribunal Supremo en su Sala Cuarta, de lo Social donde se dice: La razón *(...)*

2. LOS NUEVOS ESCENARIOS DEL PODER DIRECTIVO

En la actualidad coexisten en el mercado distintas formas de organización productiva en las empresas, pudiendo localizarse hoy modelos tradicionales, fordistas y postfordistas[3]. La realidad del mercado laboral del siglo XXI es compleja, de hecho, hasta cinco generaciones pueden convivir en el mercado laboral, especialmente en sectores que requieren baja especialización, y junto a ellas las nuevas organizaciones digitalizadas.

Ocurre que la empresa cambia, y en lugar de formas concentradas de negocios en edificios de oficinas o almacenes industriales, aparece una organización empresarial multifacética, más generalizada y, por tanto, invisible hacia el exterior y hacia el interior. No hay distinciones claras entre mercados, productos, clientes, trabajadores empleados y empresarios, y por tanto se vuelve invisible. La imagen de la empresa invisible es tan inquietante como realista, y si la empresa se vuelve invisible, solo queda repensar nuevas categorías, porque las existentes ya no encontrarán correspondencia con las reales. Ignorar el fenómeno por parte del legislador significa hacer lo que Beck llama política del avestruz[4].

La realidad presente nos muestra hoy una nueva escenografía, o mejor, una nueva atmósfera. Para llegar a ella el modelo productivo nacido en la sociedad industrial, y construidas con la máquina de vapor, y los sistemas de producción mecánica condujeron a finales del siglo XVIII, a cambios también en la organización del trabajo, y en las estructuras sociales. Más tarde con el comienzo de la producción en masa y el nacimiento del Estado de bienestar, al final del siglo XIX, la industrialización trajo nuevos problemas sociales y la creciente presión del nuevo trabajo organizado. Como continuación de los dos periodos indicados, el trabajo 3.0 cubrió el período en el que el Estado de bienestar y los derechos de los trabajadores, se han consolidado sobre la base de una economía de mercado, donde empleadores y trabajadores han negociado entre ellos a un mismo nivel, como socios sociales. Hoy las crecientes presiones competitivas han transformado la realidad extendiéndose la automatización, la tecnología de la información y la electrónica, junto a mercados nacionales cada vez más abiertos.

Lo dice Lelio Demichelis[5]: "con el Fordismo eran necesarias las grandes fábricas, porque el medio de conexión/totalización de las partes subdivididas del trabajo era necesariamente físico y presuponía un espacio concentrado y concentrador de cientos de trabajadores, hoy el medio de conexión es la Red, ella permite descomponer e individualizar la forma y la norma de organización, y hacerla explotar en trabajos (y en trabajadores) desconectados de un lugar físico (la fábrica), pero conectados en un lugar virtual, como es precisamente la Red. Del Fordismo concentrado de ayer hemos pasado, así pues, no al post-Fordismo sino a un Fordismo individualizado. Hoy todo trabajador, antes física y contractualmente subordinado, puede (debe) hoy convertirse en un

sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (flexibilidad externa o adaptación de la plantilla) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo (flexibilidad interna o adaptación de condiciones de trabajo). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de reestructuración de la plantilla, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional.

[3] El concepto básico de organización del trabajo supone la versatilidad, en sus tres dimensiones (aplicación de conocimientos, grado de especialización de tareas, y tipo de supervisión). Podemos determinar cuatro fases ligadas a los cambios en la organización de la producción (mecanización, electrificación, electrónica, y ciberesistemas). Todo supone cambios en el contexto económico, las condiciones de vida y de trabajo, así como modificaciones en el contexto legislativo.

[4] ULRICH, B.: *Power in the Global Age*, Cambridge, Polity Press, 2005.

[5] Cfr. DEMICHELIS, L.: "Il nuovo fordismo individualizzato", *Sbilanciamoci*, 14 de abril de 2016.

trabajador autónomo, un emprendedor de sí mismo, un "maker" que produce innovación, un trabajador individualizado, con su puesto de trabajo y sus tiempos de ejecución de la prestación, pero externos a toda fisicidad concentrada. Aparentemente (pero también contractualmente) es de veras un trabajador autónomo, es de veras un emprendedor de sí mismo; concretamente es, por el contrario, un falso emprendedor de sí mismo (así como es un falso individuo) porque está subordinado a un nuevo patrono".

Para valorar de manera eficiente los cambios que se están produciendo conviene recordar que éstos son el precipitado de lo ocurrido con anterioridad. El modo de producción fordista puede haber sido objeto de un consenso relativo, pero no ocurre lo mismo con el modo de regulación que lo sucede. Es cierto que el cuestionamiento y la crisis del modelo fordista es ampliamente observado, pero las transformaciones en curso son relativamente diversas y pueden dar lugar a diversos escenarios de evolución. El trabajo destinado a definir el sucesor, o los sucesores, del régimen de producción fordista se ha centrado en la mayoría de los casos, primero en las transformaciones de la relación laboral, y aún más en la organización del trabajo, y la producción. Se trata de una nueva forma de organización de la producción marcada por la nueva flexibilidad.

El cuestionamiento del fordismo ha tenido como resultado múltiples cambios en la organización del trabajo y la producción, pero detrás de esta pluralidad de transformaciones, la emergencia de una mayor flexibilidad parece ser un rasgo dominante. De hecho, la impugnación del fordismo comienza con la crítica de su carácter rígido y uniforme. La demanda de flexibilidad por las empresas se refleja en tres fenómenos complementarios que modifican profundamente la organización del trabajo y la producción: el fortalecimiento del papel aparente del consumidor, el paso de una lógica de flujo productivo a una lógica del acto de venta, y finalmente un recurso más importante, la subcontratación.

La organización de la producción fordista se transformó primero al otorgar, al menos en apariencia, un lugar mayor a la figura del consumidor. Con la lógica de la personalización, la producción se dirigió en favor de una pluralidad de formas de organización del tiempo de trabajo que a veces otorgaban más flexibilidad a los empleados (horarios a la carta) pero que, en la mayoría de los casos, requerían una mayor disponibilidad de tiempo, vía la anualización del tiempo de trabajo.

El deseo de flexibilizar el sistema productivo también implicó la implementación de dispositivos del tipo "just in time", en los que las cantidades y variedad de bienes y servicios a producir se determinaban en función de la demanda. Esto supuso la miniaturización de la empresa eliminando el desperdicio (de espacio, mercancía sin vender, máquinas) y, sobre todo reduciendo la fuerza laboral por encima de la demanda. La aparición del cliente en la organización de la producción también se basó en la afirmación de nuevos sectores como tipos ideales (servicios, edificación, etc.). El modelo de producción industrial y la industria a gran escala (especialmente la automotriz) se desvaneció a favor de sectores terciarios.

El sistema de producción también estuvo influenciado por las innovaciones tecnológicas y, en particular, la difusión de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación. El desarrollo de nuevas tecnologías favoreció y reforzó la importancia en el sistema productivo del conocimiento.

Finalmente, la búsqueda de la flexibilidad implicó nuevos métodos de gestión de recursos humanos, pero que pueden seguir caminos diversos. Así, junto a las estrategias encaminadas a ir más allá de la fragmentación se desarrollaron también métodos de producción basados en la flexibilidad externa. La búsqueda de la eliminación de las rigideces contractuales implicó, por tanto, varios cambios en el empleo que han tenido las siguientes características desde los años ochenta: en primer lugar, se trata de la precariedad de los contratos y la difusión de determinadas formas de empleo (contratos temporales, de duración determinada, a tiempo parcial); el deseo de reducir las rigideces favoreció el proceso de individualización, en particular de las remuneraciones, la jornada

laboral y las carreras, y por tanto, un crecimiento de las desigualdades salariales; finalmente, el deseo de flexibilizar la producción motivó el fenómeno de la externalización (subcontratación) de todas las funciones productivas "auxiliares". Esta tendencia está, por tanto, en el origen de la aparición de una nueva capa de trabajadores autónomos, o empleados de pymes dependientes, directamente sujetos a las fluctuaciones de la demanda, y que ya no se benefician de la protección de las grandes empresas.

Por último, los cambios en la organización del trabajo, a menudo han requerido una mayor participación de los empleados, lo que condujo a una gestión de la subjetividad. También entonces, por ejemplo, la empresa celebraba un contrato mercantil con una empresa asociada o firmaba un contrato de servicios comerciales con un autónomo. Con la flexibilidad cuantitativa interna se varió la cantidad de horas trabajadas, es decir, una mano de obra determinada. La empresa tiene una gama bastante amplia de medios para disminuir o aumentar el volumen de horas de trabajo de los empleados. La flexibilidad cuantitativa interna se puede así lograr en su mayor parte, variando la duración efectiva del trabajo, que condujo a modular el tiempo de trabajo proporcionado

El trabajo flexible se caracteriza consecuentemente por utilizar uno de los tres principales métodos de adquisición del mismo: contrato de trabajo a tiempo parcial, contrato de trabajo a largo plazo, y contrato de servicios. Tres políticas del uso de trabajo flexible: internalización rígida, que caracteriza una baja variabilidad de la cantidad de trabajo adquirido y los altos costos de adquisición y terminación; los trabajos permanentes a tiempo completo, o internalización flexible, basada en menos horas de trabajo, y más variables; trabajos basados en el tiempo, subcontratación flexible parcial, que asocia la variabilidad en la cantidad de trabajo adquirido con promedio de contratos comerciales, corta duración de la relación contractual; y bajo costo de salida de contrato, utilizando la empresa interinos, y subcontratación.

Hoy el medio de conexión es la Red, ella permite descomponer e individualizar la forma y la norma de organización con trabajos desconectados de un lugar físico como es la fábrica, pero conectados en un lugar virtual, llegándose, como se ha dicho, a un fordismo individualizado. Nos hallamos así pues ante un trabajador subordinado que no es, pese a las apariencias, ni un trabajador autónomo, ni un emprendedor de sí mismo; concretamente es, por el contrario, un falso emprendedor de sí mismo (así como es un falso individuo) porque está subordinado a un nuevo patrono. Una masa en que cada uno está solo junto a los demás, en una multitud-masa individualizada.

El interés por la cuestión generó el Mettling Rapport[6] que se centró en el análisis de los efectos de lo digital en las condiciones de trabajo, en su organización y gestión. La parte más importante está dedicada a los retos de la digitalización en el contrato de trabajo, la calidad de la vida laboral, y la gestión de la actividad productiva.

En el escenario descrito han ido apareciendo distintas formas de organización: empleados compartidos (employee sharing); trabajos compartidos (job sharing); gestión provisional (interim management); trabajo ocasional (casual work); trabajo móvil basado en las TIC (ICT-based mobile work); programas de vales a cambio de trabajo (voucher-based work), trabajo para diversas carteras (portfolio work); trabajo repartido entre numerosas personas (crowd employment); empleo colaborativo (collaborative employment).

Uno de los más utilizados en la actualidad es el crowdsourcing que representa la práctica mediante la cual se abre una colaboración o externalización participativa a través de bolsas de trabajo en línea, con una variedad de formas y dimensiones en la ejecución del trabajo. Por ejemplo

[6] METTLING, M. B.: "Transformation numérique et vie au travail", Rapport, 2015. Con el denominado informe sobre la transformación digital del trabajo, un grupo de expertos dirigido por Bruno Mettling, director general adjunto para el área de Recursos Humanos de Orange, entregó al Ministro del Trabajo francés un importante estudio sobre los efectos de la revolución digital en las relaciones de trabajo.

Amazon Mechanical Turk es un mercado que consiste en una plataforma de crowdsourcing que requiere inteligencia humana. Esta plataforma sirve para trabajos simples y de bajo precio unitario que requieren un cierto nivel de inteligencia que una máquina no puede hacer. La plataforma permite que los solicitantes ingresen al sistema unidades de trabajos (HIT, "Human Intelligence Tasks" o "Tareas de Inteligencia Humana") y los trabajadores ("Turkers") pueden consultar dichos trabajos y finalizarlos. Éstos, a cambio, reciben una recompensa económica impuesta por el solicitante[7].

La evidencia es que parece que ningún trabajador y ninguna empresa pueden encerrarse en sí mismos porque el posfordismo produce y requiere una mayor flexibilidad, tanto funcional como mental, donde la productividad requiere trabajadores cuya adaptabilidad crezca más allá de la rotación y la ampliación del trabajo.

Todo ello ha llevado a lo que se denomina economía colaborativa (gig economy), es decir economía compartida o de intercambio, término general con una variedad de significados, que a menudo se usa para describir la actividad económica que involucra transacciones en línea. El concepto ha creado una cierta confusión terminológica. Las expresiones más utilizadas en el fenómeno de la digitalización de la producción son hasta el momento: "sharing economy"; "gig economy"; "1099 economy"; "participatory economy"; "peer economy"; "peer-to-peer economy"; "asset-light lifestyle"; "collaborative consumption"; "reputation economy"; "collaborative economy"; "platform economy"; "on-demand economy"; "sharing economy".

Con tal bosque de conceptos, hoy los robots y los sistemas digitales se vinculan activamente con los trabajadores, ya sea en la producción o en la distribución.

La absorción de nuevas tecnologías en los sistemas de producción conduce inevitablemente a una nueva revisión del papel ya flexible del trabajador. Por lo tanto, las evaluaciones deben ser consideradas en términos de cuáles y qué tareas debe cubrir el trabajador 4.0. Hemos pasado de la noción de trabajo flexible a la de trabajador flexible como elemento vivo y decisivo en un contexto en que la consigna es precisamente la flexibilidad. La Industria 4.0 tendrá implicaciones importantes, tanto en términos del contenido del desempeño laboral, como en términos de profesionalismo de los mismos. Los nuevos modelos organizativos enfatizan una forma diferente de

[7] Mechanical Turk es un marketplace fundado por Amazon en 2005 que permite a empresas y organizaciones publicar tareas que los trabajadores, conocidos como turkers, pueden completar de forma remota a cambio de una compensación prefijada por la empresa. Las tareas publicadas en Mechanical Turk se denominan Tareas de Inteligencia Humana, y suelen ser tareas repetitivas y mecánicas de un nivel de dificultad bajo que la inteligencia artificial resulta complejo y costoso que realice. Algunas de las tareas más habituales son: identificación y etiquetado de imágenes y vídeos; recopilación de información y realización de encuestas; transcripción de textos y audio; verificación de información y limpieza de bases de datos. Las tareas se publican las 24 horas del día y 7 días de la semana, por lo que el número de ofertas es alto y constante. Para poder solicitar tareas en Amazon Mechanical Turk se debe saber inglés, registrarte en la plataforma y realizar una serie de pruebas no remuneradas con el objetivo de validar la cualificación y rapidez, para luego poder elegir las tareas. Según un estudio de la New York University, estima que la cifra real de turkers se encuentran entre 100.000 y 200.000 usuarios, la mayoría de los cuales residen en EE.UU. y la India. Los pagos a los turkers estadounidenses se pueden recibir en dinero en sus cuentas bancarias mientras que los turkers de otros países como India, reciben normalmente los pagos en forma de tarjetas regalo de Amazon. El precio de cada tarea es fijado por la empresa ofertante, y aunque depende del tipo de tarea realizada, la mayoría de las tareas ofertadas ofrecen una remuneración de entre 0,01 y 0,10 dólares USA, con una duración media de entre una y dos horas por tarea. A pesar de que la remuneración es baja, miles de personas utilizan la plataforma para ganarse un dinero extra e incluso algunos se dedican de forma profesional a ello. La escasez de mejores oportunidades laborales y la flexibilidad de poder realizar las tareas desde casa son los principales motivos que llevan a los usuarios a unirse a la plataforma.
El pago por completar tareas depende única y directamente de la empresa ofertante, que puede negar la compensación al trabajador argumentando algún error en la ejecución de la tarea. Se han publicado casos en los que los turkers alegan no recibir compensación por su trabajo, así como ningún tipo de explicación por parte de las empresas, que habitualmente ocultan su identidad bajo un alias, dificultando así su rastreo.
Amazon se lleva una comisión como mínimo del 20% del precio pagado por cada tarea.

trabajar sin reglas en este momento. Esta situación está alcanzando niveles tales que cuestionan algunos de los pilares en el que se fundamenta el pensamiento de la legislación laboral sobre el tema del empleo subordinado, autónomo y parasubordinado. La Industria 4.0 no solo reconfigura el sistema industrial, sino que implica la transformación del trabajo.

La Industria 4.0 es el conjunto de algoritmos, máquinas inteligentes, robots y tecnologías avanzadas que operan en la empresa que produce, vende, distribuye y gestiona. El plan Industria 4.0 también pretende constituir una nueva forma de organizar el trabajo. Más allá de las máquinas inteligentes, en los procesos de negocio y los servicios, existe un sistema complejo, que se conecta en virtud del big data, que circula rápidamente, imponiendo modelos organizativos armonizados.

Hay al menos dos elementos que caracterizan los derechos del trabajador cyborg en la Industria 4.0 y, en consecuencia, las relaciones laborales individuales y colectivas: la velocidad y la ubicuidad. Esto también lo confirma el Acuerdo Marco Europeo sobre Trabajo Digital de junio de 2020[8].

La velocidad es la razón económica que justifica el uso del algoritmo y la máquina inteligente. La rapidez es la base del valor agregado que ofrecen el algoritmo y la máquina inteligente dentro del sistema global de producción y, en consecuencia, dentro del sistema de distribución y finanzas. La velocidad crea eficiencia económica y recrea, de alguna manera, la empresa. Ciertamente decide cómo se hace el trabajo. La velocidad afecta el espacio de los flujos de información, creando formas organizativas de industria y trabajo que se desmaterializan o, más probablemente, ya no se pueden separar de la dimensión digital. Se trata de formas organizativas que a menudo se basan en intercambios e interacciones que son repetitivas, programables, y manejables por la máquina inteligente, con o sin la persona humana.

Pero también hay ubicuidad del lugar de trabajo, no solo del trabajador, que es independiente del tradicional escenario laboral: la oficina está potencialmente en todas partes, con la ayuda de prótesis digitales que aceleran toda actividad humana. El lugar y el tiempo de trabajo adquieren, al menos para la normativa laboral, una dimensión diferente a la que todavía se caracteriza por la necesaria física del lugar de trabajo. La distancia en el trabajo desaparece y se crea una ciudad industrial, que es una especie de aldea global, interconectada con otras ciudades productivas, donde el algoritmo y la máquina, entre otras cosas, gestionan el flujo de datos, coordinan el trabajo, controlan la producción, imponen la logística, desarrollan el marketing, etc. Aunque se reduzca la distancia, el espacio urbano aumenta porque atrae a todos aquellos que pretenden producir con esa velocidad. Las ciudades ya son imanes humanos e industriales en sí mismas. El escenario se concreta ya en el objeto del contrato de trabajo.

Se puede ya decir: ¿quién ostenta el poder de dirección? ¿Quién decide? ¿Quién asigna las tareas? ¿Qué tareas se establecen? Los protagonistas de la futura Industria 5.0 serán los cobots y las aplicaciones de Software Inteligente (bots)[9]. ¿La negociación colectiva empresarial tratará de regular los derechos del trabajador ciborg?

[8] Con el Acuerdo marco sobre digitalización suscrito el 22 de junio de 2020 los interlocutores sociales europeos concluyeron un acuerdo marco sobre la digitalización, que abarca cuatro áreas específicas, en particular: las competencias digitales y la seguridad del empleo, las modalidades de conexión y desconexión, la inteligencia artificial y el mantenimiento del control humano, y el respeto de la dignidad humana y la vigilancia. Mas recientemente se dictó la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, sobre condiciones de trabajo justas, derechos y protección social para los trabajadores de plataformas: nuevas formas de empleo vinculadas al desarrollo digital (2019/2186(INI)).

[9] Los cobots, a diferencia de los robots que se utilizan actualmente en los ciclos de producción, son robots colaborativos programados para interactuar con humanos en espacios de trabajo compartidos. Los llamados trabajos 3D serían encomendados a los cobots. Los bots, en cambio, son aplicaciones de Inteligencia Artificial capaces de actuar para un usuario u otro programa en una relación recíproca de intercambio y colaboración.

En la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones se dispuso una agenda europea para la economía colaborativa (com/2016/0356 final)[10].

La Comisión ofreció las primeras coordenadas para identificar la existencia de relaciones laborales en los servicios de plataforma. En esencia, se trataba de adoptar la noción de trabajador desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, verificando la recurrencia de: 1) la "subordinación", es decir, el ejercicio del poder de dirección por parte de la plataforma, que determina la elección de la actividad, la remuneración y las condiciones de trabajo; 2) la "naturaleza del trabajo", que debe consistir en una actividad "con valor económico real y efectivo" y, por tanto, no marginal y accesoria; 3) la remuneración, porque distingue al trabajador del voluntario.

Estos criterios, sin embargo, advierte la Comisión, son sólo una referencia para los jueces nacionales, que, como sabemos, utilizan sus propios principios internos en una evaluación, que debe hacerse caso por caso. Por este motivo, según la Comisión, los Estados miembros deberían, por un lado, evaluar el grado de adecuación de sus legislaciones laborales con respecto al fenómeno de las plataformas digitales y, por otro, "proporcionar orientaciones sobre la aplicabilidad de las legislaciones laborales nacionales a la luz de los modelos de trabajo en la economía colaborativa". En respuesta a este documento, el Parlamento Europeo adoptó en junio de 2017 una Resolución específica, a través de la cual invitaba a la propia Comisión a verificar la aplicabilidad de las normas de derecho laboral europeo al trabajo digital (en particular, de la Directiva núm. 104/2008 sobre el trabajo temporal), al tiempo que pedía a los Estados miembros y a los interlocutores sociales que evaluaran la necesidad las reglas sobre trabajo temporal), solicitando a los Estados miembros y a los interlocutores sociales que evaluarán la necesidad de modernizar la legislación existente, también en el ámbito de la seguridad social y la negociación colectiva. Teniendo esto en cuenta, se solicitó a la Comisión que publicara directrices adecuadas para llenar los vacíos de la legislación laboral y de seguridad social en el contexto del trabajo digital, pero también se aclaró que era necesario garantizar los derechos fundamentales a los trabajadores en las plataformas, independientemente de su calificación, con especial atención a la dimensión colectiva, expresada en el derecho a organizarse, negociar y promover acciones colectivas[11].

La multiplicidad de relaciones jurídicas diferenciadas que se articulan en el contexto indicado se ha visto sometida a la lectura de la existencia de un vínculo jurídico laboral por parte de los tribunales de justicia en todos los países. El caso Uber es el ejemplo de lo anterior donde, la identificación de laboralidad se ha medido a través de la noción de subordinación o dependencia,

[10] En la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada "Una agenda europea para la economía colaborativa", leemos: El término 'economía colaborativa' se refiere a modelos de negocio en los que las actividades son facilitadas por plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de bienes o servicios proporcionados a menudo por personas. La economía colaborativa involucra tres categorías de sujetos: 1) proveedores de servicios que comparten bienes, recursos, tiempo y / o habilidades y pueden ser tanto individuos privados que ofrecen servicios de manera ocasional ("pares") como proveedores de servicios en el ámbito de su capacidad profesional ("proveedores de servicios profesionales"); 2) los usuarios de estos servicios; y 3) intermediarios que se comunican.

[11] La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007, establece en su artículo 28, el derecho de negociación y de acción colectiva considerando que: Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga. Asimismo, el artículo 31 sobre Condiciones de trabajo justas y equitativas, indica que todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad, y a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas. (Véase 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).

criterio éste que a veces ha inquietado a los tribunales en distintos supuestos donde la tecnología, y el fenómeno de las plataformas digitales, difuminaban el concepto de dependencia.

En orden a lo anterior conviene recordar que hace años, no en la doctrina extranjera, sino en la española, se suscitó la polémica entre el par dependencia/ajenidad para caracterizar la existencia de un contrato de trabajo.

Como es bien sabido, la reflexión sobre el tema señalado se inauguró con dos versiones de la ajenidad debidas a los profesores Bayón Chacón y Alonso Olea, a la que siguieron las de Montoya Melgar y Albiol Montesinos, mientras que la defensa de la teoría de la dependencia vino a ser asumida prácticamente en solitario por Rodríguez–Piñero a partir de 1966[12]. Montoya Melgar, en 1972, en su reflexión sobre la esencia del Derecho del Trabajo, defendió la teoría de la ajenidad en la utilidad patrimonial del trabajo[13]. Ya antes Villa Gil había subrayado la cuestión polémica[14], y hoy de nuevo se suscita la controversia[15].

Como quiera que sea, en el escenario descrito, trabajar para otros debe constituir el fundamento de las protecciones garantizadas por la legislación laboral, independientemente de trabajar bajo la dirección del empresario. No cabe limitarse todo al estricto ámbito de la subordinación técnico-jurídica. Es necesaria, así pues, la elaboración de una noción amplia de subordinación, extendida selectivamente a todo el mundo del trabajo a partir de la subordinación, pero más allá de la subordinación, considerando las condiciones materiales en las que se presta el trabajo en favor de otros. En conclusión, la cultura del derecho laboral debe seguir protegiendo el trabajo dependiente como antes y posiblemente más que antes, pero al mismo tiempo para ir más allá de la subordinación, ampliando las técnicas del universalismo selectivo. Nociones como dependencia económica, o relaciones personales de trabajo quedan hoy difuminadas[16].

A estos efectos puede ser útil recordar que la jurisprudencia tiende a vincular la existencia de una relación laboral subordinada con el ejercicio concreto de las facultades del empresario, y con la inclusión del trabajador en la organización de la empresa de forma estructural y no meramente funcional. Además, una parte de ella tiende a reconocer la existencia de un poder de dirección incluso en la mera posibilidad de dirigir directrices a los trabajadores, al menos en determinados contextos organizativos, y en función del contenido profesional del servicio. En consecuencia, incluso cuando en una plataforma no se ejerce expresamente el poder de dirección de forma clásica, la mera existencia de una conexión con los trabajadores puede presuponer su potencial ejercicio y, en consecuencia, la subordinación[17]. Un argumento similar puede hacerse para las otras dos

[12] "La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo", *Revista de Política Social*, núm. 71, 1966, pp. 162 y ss. Ya en su artículo "Empresa y contrato de trabajo", *Anales de la Universidad Hispalense XX*, 1960, p. 22, donde se indicaba que la subordinación gozaba en Europa de casi unanimidad.

[13] Últimamente, en *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 38, en una tesis muy próxima a la de la ajenidad en los frutos de Alonso Olea. *Vid*. Igualmente ALBIOL MONTESINOS I., "En torno a la polémica ajenidad dependencia", *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de Valencia*, núm. 1, 1971, pp. 41 ss. Defiende la teoría de la ajenidad en la titularidad de la organización, ya muy próxima a la teoría de la inserción en el círculo director y organizador del empresario, de matriz personalista.

[14] "La crisis de la dependencia en la delimitación de las relaciones jurídico-privadas", *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 56, 1963.

[15] *Vid*. CRUZ VILLALÓN, J.: "El debate en torno a la adaptación o superación de la subordinación como elemento referencial del derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo un debate global desde la perspectiva española", *Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Revista Internacional de Direito do Trabalho*, núm. 1, 2021.

[16] Cfr. PERULLI, A.: "Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi", *WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT* – 410/2020.

[17] La disposición final 13 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, incorporó un nuevo artículo 20 bis, al ET, sobre los Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión, con el siguiente contenido: "Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de *(...)*

facultades: la de control, que se ejerce cada vez más sobre el resultado del servicio, vinculándolo a las directrices del empresario proporcionadas al principio de la ejecución, reforzándose con el uso del GPS.

Otra forma anómala de ejercer este poder, al menos potencialmente, es el sistema de calificación realizado no por el empleador sino por los clientes. En resumen, las formas de relación jerárquica dentro de la empresa se han modificado profundamente, reduciendo, por ejemplo, los espacios clásicamente cubiertos por el poder organizativo, devolviendo el poder de control a las herramientas digitales, y el poder disciplinario a los clientes, es decir, el control se ha vuelto sistémico. El repliegue de los poderes empresariales en la relación laboral es, en definitiva, sólo formal y parece en gran medida justificado por el hecho de que ya no son necesarios para el empresario en este tipo de organizaciones, caracterizadas como están por una multiplicidad de contratos (mercantiles, autónomos o por cuenta ajena pero precarios), estipulados con sujetos cuya diligencia está garantizada por la necesidad de tener un salario digno, aunque sea por periodos extremadamente cortos.

Esta situación de evidente subordinación existente tanto desde el punto de vista de la hetero-dirección como desde el punto de vista socio-económico, ha sido ignorada por gran parte de la jurisprudencia que se ha enfrentado a la dificultad de encuadrar estos modelos organizativos. Muchos jueces han preferido la vía del formalismo, aferrándose a las interpretaciones clásicas en materia de subordinación, llegando en ocasiones al extremo de dar peso al *nomen iuris* de un contrato firmado por las partes en condiciones de evidente desequilibrio; En definitiva, se está optando por aplicar viejas técnicas jurídicas a unas relaciones cuya subordinación se expresa de forma novedosa. Puede que las formas de ejercer el poder hayan cambiado, pero la intensidad de la subordinación no ha disminuido en absoluto.

Por estas razones, es bastante fácil criticar la jurisprudencia que ha negado el carácter subordinado de estas relaciones, así como la que ha intentado hacer equilibrios hermenéuticos para encontrar soluciones intermedias, que en cualquier caso son insatisfactorias.

Como ya se ha dicho, en el modelo con geometría variable, en el que interviene una plataforma, una empresa asociada, un trabajador y un cliente, la cuestión jurídica más relevante es la identificación del verdadero empresario/empleador; para ello, muchas veces no basta con la disciplina del derecho laboral para resolver la cuestión, sino que es imprescindible examinar los contratos que implican relaciones comerciales entre las empresas. También porque muchas veces los vínculos entre ellas son tan estrechos que hacen pensar que existe una dependencia económica de las empresas satélite respecto a la principal. Este elemento adquiere especial relevancia en las redes piramidales en las que los servicios de los trabajadores son también compartidos, formal o sustancialmente, porque el efecto de ello puede ser el ejercicio de un doble poder de control por parte de la empresa principal, caso de los grupos de empresa.

---

videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales".

El artículo 88, Ley Orgánica 3/2018, asimismo, con relación al derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, indica: "Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas".

Este elemento adquiere, pues, especial relevancia, como se ha dicho, en las redes piramidales en las que también se comparten, formal o sustancialmente, los servicios de los trabajadores, porque el efecto de ello puede ser el ejercicio de un doble poder de control por parte de la empresa principal, tanto sobre la empresa dependiente como sobre los trabajadores, a través del ejercicio de características típicamente patronales en la relación laboral que hacen dudar, al menos, de que la empresa de la cabeza de la pirámide mantenga relaciones jurídicamente relevantes exclusivamente con las demás empresas y no también con los trabajadores. De hecho, en muchas ocasiones el poder directivo y disciplinario lo ejerce el empresario formal, pero en nombre de las empresas afiliadas, y el poder de control se ejerce directamente en función de los resultados del rendimiento de los trabajadores.

Por otro lado, cabe recordar que con independencia del sistema jurídico, la figura del empresario utilizada por la jurisprudencia del derecho laboral no coincide siempre con los fundamentos establecidos en el derecho mercantil. Además, mirando el asunto desde otra perspectiva, la propia noción de subordinación, si se vincula exclusivamente al ejercicio del poder organizativo, corre el riesgo de confundirse fácilmente con los casos vecinos, como se ha visto para los conductores de Uber, y sobre todo, para los riders.

Ocurre a veces que relaciones de interposición prohibidas hayan sido durante mucho tiempo casi completamente superponibles a la relativa a la subordinación, dejando inalterados los rasgos de la subordinación, es decir, las características de la otra parte del contrato, y ello han facilitado prácticas abusivas, y un desdoblamiento legal de la figura del empresario, que se parecen mucho a una simple ruptura del par poder/responsabilidad. Todo ello ha contribuido a ayudar a la empresa a optar por fragmentarse legalmente y, al mismo tiempo, mantener su organización compacta y concentrada desde el punto de vista económico.

Existe una tendencia, en consonancia con una parte de la doctrina, a revisar la noción de subordinación, aceptándose un modelo diferente al tradicional de subordinación. Se trataría del modelo de continuidad de la subordinación, o de simple coordinación de las prestaciones en el espacio y el tiempo, centrándose más en la cooperación funcional que en la estructura jerárquica y, por tanto, en la inserción del servicio en la organización productiva. Esta evolución es posible precisamente por la configuración de la subordinación-obligación en clave técnico-funcional y no socioeconómica, que es capaz de que englobe las múltiples y diversificadas formas de aplicar la obligación de trabajo,

Esto es posible precisamente por la configuración de la subordinación/vinculación en clave técnico/funcional y no socio/económica, capaz de abarcar las muy diversas formas en que se implementa la obligación laboral, incluyendo las desjerarquizadas, y las cualificadas profesionalmente (subordinación-dirección) vs. (subordinación-coordinación).

El modelo del trabajador, y por tanto del contrato de trabajo, no es reducible a la figura del trabajador heterodoxo, sino que hay que referirlo a la figura más amplia del colaborador en la empresa; es por tanto el modelo de la empresa-organización con sus transformaciones, el que proyecta sus características cambiantes sobre el supuesto más típico del contrato de trabajo por cuenta ajena.

3. LAS MIL CARAS DEL ALGORITMO

Los algoritmos pueden ser definidos como conjuntos ordenados y finitos de operaciones que permiten hallar la solución de un problema. Una tecnología intelectual que supone la sustitución de juicios intuitivos por una respuesta objetivada. Y ello en la medida en que un algoritmo es una receta, un conjunto de instrucciones matemáticas, una secuencia de tareas destinada a conseguir un

cálculo o un resultado[18]. La inteligencia artificial es una combinación de tecnologías que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática.

El algoritmo, en sí mismo representa: reclutamiento algorítmico, asignación algorítmica de tareas y monitoreo algorítmico, y revisión del desempeño de la fuerza laboral. Los algoritmos brindan un grado de control y supervisión que ni siquiera los tayloristas más empedernidos podrían haber soñado[19]. El empleador "algorítmico" representa una hipótesis disruptiva, que merece ser considerada con atención ya que aquí se debe concentrar el centro neurálgico de la reflexión, de la que se prestan a brotar muchas cuestiones hermenéuticas: la capacidad de decisión y discernimiento del algoritmo, que está fuertemente inserto en la relación laboral entre trabajador y empresario.

El Consejo de Europa, por su parte, ha adoptado la Recomendación CM/Rec (2020) del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos, el 8 de abril de 2020. A los efectos de esta recomendación, se entenderá por "sistemas algorítmicos" las aplicaciones que, a menudo mediante técnicas de optimización matemática, realizan una o más tareas como recopilación, agrupación, limpieza, ordenación, clasificación e inferencia de datos, así como selección, priorización, formulación de recomendaciones y toma de decisiones. Al apoyarse en uno o más algoritmos para cumplir sus misiones en los entornos en los que se implementan, los sistemas algorítmicos automatizan las actividades de tal manera que permiten la creación de servicios adaptables a escala y en tiempo real.

Respecto a la gestión de personal se precisa que los Estados deben asegurar que todo el personal relevante involucrado en la adquisición, desarrollo, implementación, evaluación y revisión de sistemas algorítmicos con impactos significativos en los derechos humanos de los hombres esté debidamente capacitado en las normas aplicables en esta área y en los principios de no discriminación. También deben asegurarse de que dicho personal sea consciente de su deber de garantizar no solo un control técnico cuidadoso, sino también el respeto de los derechos humanos. Las prácticas de contratación deben apuntar a una fuerza laboral diversa, asegurando una representación equitativa, a fin de mejorar la capacidad de tener en cuenta múltiples perspectivas en los procesos de revisión. Estos enfoques deben documentarse con miras a asegurar su promoción más allá del sector público.

En las plataformas digitales, se añade, la gestión algorítmica va mucho más allá de programar y dirigir el trabajo, pasando a controlar prácticamente todas las dimensiones del acto de trabajar. Para la literatura especializada, hay al menos cinco características de la gestión algorítmica que deben ser tenidas en cuenta para comprender su verdadero alcance: a) seguimiento continuo del comportamiento de los trabajadores; b) evaluación constante de su desempeño, de las evaluaciones del cliente, y de la aceptación o rechazo que estos tienen del trabajo realizado; c) implementación automática de decisiones, sin revisión humana; d) interacción de los trabajadores con un sistema que los priva de oportunidades de retroalimentación, discusión y negociación, y un último elemento de importancia central: e) la baja transparencia[20].

---

[18] *Vid*.: "Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza", Bruselas, 19.2.2020. COM (2020) 65 final.

[19] RUTKIN, A.: "Help, my boss is an algorithm", *New scientist*, 2016.

[20] El Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el 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, contiene unas escasas referencias a la protección de los asalariados ante los cambios organizativos generados en el contexto algorítmico. Es más, de forma acrítica se refiere el legislador a los métodos de cálculo matemáticos o algoritmos, considerando que se han aplicado a las relaciones de trabajo revolucionando la forma en que se prestan los servicios, optimizando recursos y resultados. Estos métodos presentan un fuerte potencial para contribuir a mejorar las condiciones de vida de las personas.

El texto modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en dos aspectos: en primer lugar, el artículo 64, relativo a los derechos de

(...)

Según reflejan los estudios existentes, la poca transparencia de la gestión de los recursos humanos de las plataformas digitales se deriva de las prácticas comerciales competitivas que evitan que estas revelen cómo funcionan los algoritmos, pero también, de su propia naturaleza adaptativa, según la cual las decisiones cambian de acuerdo con la recopilación de datos.

La aplicación de los algoritmos en el ámbito de las relaciones laborales es cada vez más significativa. Recientemente la empresa rusa de servicios de pago Xsolla despidió a 150 empleados en bloque, un tercio de su plantilla. En su carta de despido se informó a los empleados que éstos fueron despedidos por falta de productividad, en base a un análisis del big data de su empresa. En muchos casos la carta de despido se produce automáticamente por medio del sistema algorítmico, sin mediación humana. El despido no es así una resolución unilateral por el empresario del contrato de trabajo, sino una resolución mecánica e impersonal.

La cuestión no obstante se hace más compleja. La vigilancia que ejerce Amazon sobre sus trabajadores tiene una utilización plural, pues después de probarlas con sus empleados, Amazon comercializa las tecnologías por ella aplicadas, vendiéndolas a distintos empresarios públicos y privados.

En la investigación que lleva por título "The Amazon Panopticon"[21] se detalla el control, y la presión a la que están sometidos los trabajadores de la compañía de Amazon que son sujetos involuntarios de un experimento sofisticado y completo de vigilancia digital.

En cada paso del proceso, los trabajadores son constantemente observados, y registrados midiéndose su trabajo. Los océanos de datos que Amazon recopila sobre sus trabajadores y sus índices de productividad, ubicación, hábitos de conducción y opiniones personales, entre otros, brindan a la empresa cantidades inigualables de información.

Amazon es uno de sus máximos exponentes en innovación y aplicación, pero no es la única compañía que emplea estos métodos, Google y Facebook también lo hacen, aunque tal vez sea la que más los perfeccionó en todo su entorno de trabajo. Los trabajadores son objeto de una constante vigilancia, grabación, medición del trabajo, y seguimiento de sus actividades. Tal experiencia sirve para situar en el mercado, vendiendo a otras empresas, como se ha dicho, las técnicas telemáticas experimentadas, consiguiendo con ello un alto valor añadido.

La panoplia tecnológica es amplia, sirvan algunos ejemplos:

— Se utilizan scanners para recuperar o registrar la posición de un artículo en los estantes de los depósitos que son clave para el poder y el control de Amazon sobre los trabajadores. Todos los empleados tienen que someterse a un escaneo de cuerpo entero para detectar posibles robos cuando se retiran de su lugar de trabajo, del mismo modo que las cámaras provistas de inteligencia artificial advierten de comportamientos sospechosos. La vigilancia es total: los camioneros son vigilados a través de las apps y de las cámaras con inteligencia artificial instaladas en sus vehículos.

información y consulta de la representación legal de las personas trabajadoras añadiendo un nuevo párrafo d) a su apartado 4, en el que se reconoce el derecho del comité de empresa 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; en segundo lugar, indicando que todo ello siempre desde el mayor respeto a los secretos industrial y comercial de las empresas conforme a la normativa, que no se ven cuestionados por esta información sobre las derivadas laborales de los algoritmos u otras operaciones matemáticas al servicio de la organización empresarial.

[21] DELFANTI A, RADOVAC L. y WALKER T.: "The Amazon panopticon: A guide for workers, organizers & policymakers", *Report for UNI Global Union*, 2021.

— Cada empleado está identificado para que se monitoreen las tareas asignadas, realizadas y su localización. También existe el seguimiento denominado "Time off Task", tiempo en el que el trabajador se desconecta de su dispositivo para comer o ir al baño. Estos tiempos se traducen en puntos negativos, cuando se acumulan demasiados, entonces el trabajador recibe advertencias, y si esta situación se mantiene, corre riesgo de no renovar su contrato.

— Con la pandemia, para proteger las distancias, cada trabajador que pasaba frente a la pantalla del sistema observaba los círculos de realidad aumentada de color verde de dos metros de distancia entre sí, y de color rojo cuando no sostenía esa distancia con respecto a un compañero.

— Los conductores no solo son controlados a través de la geolocalización, también tienen una vigilancia visual: Driveri. Un sistema que utiliza cámaras equipadas con inteligencia artificial para vigilar los hábitos de conducir de los repartidores desde que encienden el motor hasta que terminan sus turnos. La cámara, instalada cerca del retrovisor, vigila tanto la ruta como el interior del vehículo, que sólo puede desactivarse cuando se apaga el motor. Entre las variables que utilizada el algoritmo no constan, por ejemplo, las averías que pudieran producirse, y que sirvan para descontar tal espacio temporal en la medición del tiempo de ejecución de la tarea asignada.

Y esto no es todo, el futuro promete ser aún más controlado. Debido a las patentes que posee Amazon para desarrollar tecnologías de vigilancia, cuenta con las siguientes: una de ellas describe un sistema de interacción mejorado entre trabajadores y supervisores. En la misma, un supervisor lleva unos auriculares de realidad aumentada, equipados con reconocimiento facial, de la ropa o de la forma de caminar. Cuando el supervisor mira a un trabajador, el sistema lo reconoce y proyecta información relevante en el campo visual natural del supervisor.

Otra patente describe una pulsera que analiza la posición de la mano del trabajador en el espacio, y le proporciona retroalimentación táctil para acelerar su labor.

Una tercera patente, titulada "Using Gestures and Expressions to Assist Users" (Uso de gestos y expresiones para ayudar a los usuarios), se dirige tanto a los centros de distribución como a la automatización de los servicios de los supermercados. Está diseñada para detectar expresiones de emociones como la frustración mientras los trabajadores realizan sus tareas cotidianas.

En suma, la enorme cantidad de datos que Amazon recopila sobre sus trabajadores, sus índices de productividad, ubicación, hábitos de conducir, opiniones y estado de salud, entre otros, proporcionan a la empresa una cantidad de información sin precedentes que utiliza para neutralizar los intentos de los trabajadores de sindicalizarse para mejorar sus condiciones de trabajo. Documentos de Amazon han mostrado que usan computadoras para advertir y despedir a los trabajadores del almacén en función de la productividad.

Frente a tal situación se ha producido una reacción política[22]. El gobernador de California, Gavin Newsom (demócrata), ha firmado un proyecto de ley que impediría que Amazon y otras

[22] En España el 14 de julio de 2021 el Gobierno presentó la Carta de Derechos Digitales, en el texto se contienen los que afectan al ámbito laboral con el siguiente tenor:
1. Se garantizarán la dignidad y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en los entornos digitales.
2. En los entornos digitales y el teletrabajo las personas trabajadoras del sector público o privado tienen derecho con arreglo a la normativa vigente, a: a) La desconexión digital, al descanso y a la conciliación de la vida personal y familiar. b) La protección de sus derechos a la intimidad personal y familiar, el honor, la propia imagen, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones en el uso de dispositivos digitales, así como frente al uso de dispositivos de videovigilancia, de grabación de sonidos, así como en el caso de la utilización de herramientas de monitoreo, analítica y procesos de toma de decisión en materia de recursos humanos y relaciones laborales, y en particular, la analítica de redes sociales. Del uso de tales dispositivos o herramientas se informará a la
(...)

empresas castiguen a los trabajadores de almacén que no cumplan con ciertas métricas, por tomar descansos o pausas para comer. El Senado de California aprobó la medida a principios de septiembre de 2021. Tal es el Proyecto de Ley de la Asamblea No. 70. Una ley para enmendar la Sección 138.7, y para agregar la Parte 8.6 (comenzando con la Sección 2100) a la División 2 del Código Laboral, relacionada con el empleo. Aprobado por el gobernador el 22 de septiembre de 2021. Presentado al Secretario de Estado el 22 de septiembre de 2021.

El proyecto de ley subraya: a) Qué el rápido crecimiento de la logística justo a tiempo y la entrega de paquetes al consumidor en el mismo día y al día siguiente, y los avances en la tecnología utilizada para rastrear la productividad de los empleados, han llevado a un aumento en el número de trabajadores de almacenes y centros de distribución que están sujeto a cuotas de trabajo cuantificadas; b) Se espera que los empleados de almacenes y centros de distribución que trabajan bajo esas cuotas completen una cantidad cuantificada de tareas dentro de períodos de tiempo específicos, a menudo medidos hasta el minuto o segundo, y se enfrenten a acciones laborales adversas, incluida la suspensión o el despido, si fallan; c) Esas cuotas generalmente no permiten que los trabajadores cumplan con las pautas de seguridad o se recuperen de una actividad extenuante durante el tiempo de trabajo productivo, dejando a los empleados del almacén y del centro de distribución que trabajan en ellas con un alto riesgo de lesiones y enfermedades; d) Las cuotas bajo las cuales los empleados de almacenes y centros de distribución trabajan regularmente también afectan a su compensación económica. California y muchas ciudades requieren que los empleadores

representación legal de las personas trabajadoras. Esta información alcanzará 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. c) La protección de los derechos de la letra anterior en la utilización de sistemas biométricos y de geolocalización. d) La garantía de sus derechos frente al uso por la entidad empleadora de procedimientos de analítica de datos, inteligencia artificial y, en particular, los previstos en la legislación respecto del empleo de decisiones automatizadas en los procesos de selección de personal. e) El uso lícito, leal, proporcionado y transparente de los controles empresariales digitales. f) Recibir de la entidad empleadora los medios tecnológicos para poder desarrollar su actividad sin que las personas trabajadoras deban aportar los medios de su propiedad a disposición de aquella con fines profesionales, así como a ser informadas sobre la política de uso tales dispositivos digitales, incluidos los criterios para una eventual utilización para fines privados. g) La protección frente al acoso por razón de sexo, por causa discriminatoria y acoso laboral utilizando medios digitales. h) La cualificación digital de las personas trabajadoras, ya se encuentren ocupadas o desempleadas, con la finalidad de la adquisición de las competencias digitales requeridas en el ámbito laboral para disponer de mayores y mejores oportunidades de empleo.

3. En los términos previstos en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, se promoverán las condiciones de acceso al trabajo a distancia y el teletrabajo. En este caso, la ordenación de la prestación laboral se desarrollará con pleno respeto a la voluntariedad y la dignidad de la persona trabajadora garantizando particularmente su derecho a la intimidad, la esfera privada del domicilio, los derechos de las personas que residen en él, el derecho a la conciliación de la vida personal y familiar y la garantía de los derechos reconocidos en la legislación y los convenios colectivos.

4. En los procesos de transformación digital: a) Las personas trabajadoras tienen derecho a una formación adecuada que permita su adaptación a las nuevas condiciones laborales. b) La representación legal de las personas trabajadoras tiene derecho a ser informada con la debida antelación sobre los cambios tecnológicos que vayan a producirse.

5. La negociación colectiva podrá establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de las personas trabajadoras y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral, así como vehicular la participación de las personas trabajadoras en los procesos de transformación digital y en la determinación de las consecuencias laborales que la misma pueda implicar.

6. En todo caso, el desarrollo y uso de algoritmos y cualesquiera otros procedimientos equivalentes en el ámbito laboral exigirá una evaluación de impacto relativa a la protección de datos que incluirá en su análisis los riesgos relacionados con los principios éticos y los derechos relativos a la inteligencia artificial contenidos en esta Carta y en particular la perspectiva de género y la proscripción de cualquier forma de discriminación tanto directa como indirecta, con especial atención a los derechos de conciliación.

7. Se informará y formará debidamente a las personas trabajadoras respecto de las condiciones de uso de los entornos digitales destinados a la prestación laboral con particular atención a aquellas obligaciones ordenadas a garantizar la seguridad y la resiliencia de los sistemas.

paguen a sus empleados un salario mínimo. Sin embargo, los empleados de almacenes y centros de distribución que trabajan con una cuota no reciben por completo el salario mínimo y no podrán aumentar su cuota para compensar el efecto directo o indirecto de un aumento del salario mínimo; e) Las cuotas en ocupaciones que ya son físicamente exigentes no solo aumentan los accidentes, sino que también incentivan el trabajo inseguro. La fuerza laboral en el almacén y la logística está compuesta en gran parte por personas de color que dependen de estos trabajos para mantener a sus familias y, a menudo, no ven otra alternativa que priorizar el cumplimiento de las cuotas sobre su propia seguridad. La ley permite que los trabajadores del almacén desafíen los objetivos que, según muchos, los desalientan de ir al baño u otros descansos durante la jornada laboral. El proyecto de ley se redactó en respuesta a las altas tasas de lesiones en los almacenes de Amazon, donde las cuotas de rendimiento se aplican algorítmicamente.

La ley no menciona explícitamente a Amazon en su texto, pero tanto los legisladores republicanos como los demócratas reconocen que el gigante del comercio electrónico se vería muy afectado por la promulgación de la legislación. En los últimos años, Amazon ha sido objeto de intensas críticas por sus cuotas de rendimiento, y varios medios de comunicación han informado que los trabajadores han orinado en botellas como un medio para cumplir con sus objetivos en el almacén, y mantener sus puestos de trabajo.

La ley también obligará a empresas como Amazon a hacer que estos algoritmos sean más transparentes, revelando las cuotas exigidas a los trabajadores. Los partidarios de la nueva ley la han presentado como un gran avance contra el monitoreo algorítmico de los trabajadores en general. El proyecto de ley, se dice, es el primer intento de crear transparencia y protecciones contra los sistemas de cuotas aplicados por algoritmos inseguros.

Este proyecto de ley, entre otras cosas, requiere que los empleadores proporcionen a cada empleado que trabaja en un centro de distribución de almacén, al ser contratado o dentro de los 30 días de la fecha de vigencia de estas disposiciones, una descripción por escrito de cada cuota a la que está sujeto, incluida la cantidad cuantificada de tareas a realizar, o materiales a producir o manipular, dentro del período de tiempo definido, y cualquier acción laboral adversa potencial que pudiera resultar de no cumplir con la cuota.

El proyecto dispone que no se requerirá que un empleado cumpla con una cuota que impida el cumplimiento de los períodos de comida o descanso, el uso de las instalaciones sanitarias o las leyes de salud y seguridad ocupacional, según se especifique. También se prohibiría a un empleador tomar medidas adversas contra un empleado por no cumplir con una cuota que no ha sido divulgada, o por no cumplir con una cuota que no permite que un trabajador cumpla con los períodos de comida o descanso o las leyes de salud y seguridad ocupacional.

El proyecto de ley precisa que cualquier acción tomada por un empleado para cumplir con las leyes de salud y seguridad ocupacional, se considere tiempo en la tarea, y tiempo productivo para los propósitos de cualquier sistema de cuotas o monitoreo.

Este proyecto de ley subraya que si un empleado actual o anterior cree que cumplir con una cuota causó una violación de su derecho a una comida o un período de descanso, o requirió que violara cualquier ley, o norma de salud y seguridad ocupacional, tiene derecho a solicitar, y el empleador debe proporcionar, una descripción por escrito de cada cuota a la que está sujeto el empleado, y una copia de los últimos 90 días de los datos personales de velocidad de trabajo del empleado.

El texto, como suele ser habitual en la tradición anglosajona procede a identificar una interesante serie de conceptos de interés:

— “Información de identificación individual”. Significa cualquier dato relacionado con una lesión que esté vinculado a un empleado o empleador.

— "Período de tiempo definido". Significa cualquier unidad de medida de tiempo igual o menor que la duración del turno de un empleado, e incluye horas, minutos y segundos y cualquier fracción de los mismos.

— "Datos de velocidad de trabajo del empleado". Significa información que un empleador recopila, almacena, analiza o interpreta en relación con el desempeño de una cuota de un empleado individual, que incluye, entre otros, cantidades de tareas realizadas, cantidades de artículos o materiales manipulados o producidos, tasas o velocidades de las tareas realizadas, medidas o métricas del desempeño de los empleados en relación con una cuota, y tiempo categorizado como realizando tareas o no realizando tareas.

— "Datos de velocidad de trabajo de los empleados". No incluye evaluaciones de desempeño cualitativo, o registros de personal.

— "Empleador". Significa una persona que, directa o indirectamente, o a través de un agente o cualquier otra persona, incluso a través de los servicios de un empleador externo, servicio temporal, agencia de personal o entidad similar, emplea o ejerce control sobre los salarios, horas o condiciones de trabajo de 100 o más empleados, en un solo centro de distribución de almacén, o 1.000 o más empleados, en uno o más centros de distribución de almacén en el estado.

— "Cuota". Significa un estándar de trabajo bajo el cual se asigna o requiere que un empleado se desempeñe a una velocidad de productividad específica, o realice un número cuantificado de tareas, o manipule o produzca una cantidad cuantificada de material, dentro de un período de tiempo definido, y bajo el cual el empleado puede sufrir una sanción si no cumple con el estándar de desempeño.

En fin, no se requerirá que un empleado cumpla con una cuota que impida el cumplimiento de los períodos de comida o descanso, el uso de las instalaciones del baño, incluido el tiempo de viaje razonable hacia y desde las instalaciones del baño, o las leyes de salud y seguridad en el Código Laboral. Un empleador no deberá emprender acciones laborales adversas contra un empleado por no cumplir con una cuota que no le permita cumplir con los períodos de comida y descanso, o las leyes de salud y seguridad en la legislación.

4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA NUEVA REPRENTATIVIDAD

Por su relación con el objeto de la cuestión tratada en páginas anteriores, sin que suponga similitud plena, pero sí una conexión funcional, cabe apreciar lo que se trata a continuación.

La digitalización de la fábrica y el trabajo, junto con la recesión y la globalización, están desmantelando no solo la negociación sino también el modelo de representación colectiva. En este contexto, es innegable que las formas tradicionales de representación se encuentran en una dificultad considerable, ya que la capacidad de agregación natural, basada en la síntesis de intereses colectivos, expresión de formaciones sociales más o menos uniformes, choca con las nuevas estructuras organizativas del trabajo. La individualización tiene un papel desestructurador para los mecanismos asociativos al incrementarse la autonomía de las empresas coordinadas, haciendo complejo el reconocimiento de los intereses colectivos de los trabajadores digitalizados[23].

En Alemania, gracias a la iniciativa del sindicato IG Metall, se creó el sitio de trabajo Faircrowd para permitir comparar experiencias laborales realizadas a través de plataformas y obtener asistencia jurídica y protección sindical. También están surgiendo formas experimentales de autoorganización de los trabajadores bajo demanda, que aparecieron en las principales ciudades

[23] *Vid.*: DI NUNZIO, D., BRUNETTI, A. y MANCINI, C.: "Le frontiere dell'azione sindacale nella frammentazione del lavoro", *QRS*, núm. 3, 2015, p. 143 ss.

europeas, para el reconocimiento del status de trabajador. En Bolonia han surgido los repartidores de las plataformas de reparto que operan en la ciudad que trataron de representar a todos los repartidores de comida a través de una aplicación. En España los mensajeros de Deliveroo crearon la plataforma Ridersxderech a través de la cual se organizaron colectivamente poniendo en marcha una serie de acciones conflictivas que llevaron a la apertura de una mesa de negociaciones para la estipulación de un Acuerdo de Interés Profesional aplicable a todos los repartidores de Deliveroo que operan en el territorio nacional. Todo ello, en el fondo, se trata de un sindicalismo de movimientos sociales, como estrategia innovadora del sindicato, para construir o fortalecer su ámbito de influencia.

Sin embargo los problemas jurídicos se mantienen. Un ejemplo emblemático de ésto es el reciente laudo del Comité Central de Arbitraje de Londres de 14 de noviembre de 2017 por el cual los árbitros británicos denegaron el establecimiento de una unidad de negociación[24] (según lo dispuesto en la Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992) al sindicato independiente IWUGB (Sindicato de Trabajadores Independientes de Gran Bretaña) que había organizado colectivamente a los mensajeros de Deliveroo que operaban en el barrio de Candem. Si bien la medida reconoce la mayor representatividad del sindicato, en base tanto al número de trabajadores inscritos en la organización en la unidad de negociación, (19,16% muy por encima del 10% exigido por la ley) como al consentimiento mayoritario expresado por los trabajadores de la unidad de producción a favor del establecimiento de la unidad de negociación, se rechaza la solicitud de reconocimiento de la unidad de negociación por no considerar probada la condición de trabajador de los ciclistas de Deliveroo, condición indispensable que exige la ley para el acceso a la disciplina heterónoma de promoción y protección de la representación y negociación colectiva.

Con todo, los convenios colectivos de empresa deben considerar una interfaz hombre-máquina, funcional al control de las líneas de producción, que permite al operador controlar y automatizar la maquinaria y sus líneas de producción. De hecho, debiera existir un poder para que el sindicato pueda negociar un control ex ante de la movilidad, no solo geográfica, que dependerá significativamente de la negociación colectiva. Debiéndose asimismo considerar la introducción de la noción de unidad de producción "digital". Comparación con la noción de "unidad de negociación adecuada" a la que se hace referencia en la normativa sindical estadounidense.

Como complemento a lo anterior un nuevo problema se añade: La Unión Europea. Como se sabe, según la jurisprudencia de Albany[25], la inmunidad concedida a la autonomía de negociación colectiva con respecto a la aplicación del art. 101 TFUE, basado en los objetivos de política social que persiguen los convenios colectivos, existe solo con la condición de que el convenio colectivo contribuya directamente a la mejora del empleo y las condiciones laborales de los trabajadores, así como de los que estén calificados como "empresas" en el sentido del art. 101, párr. 1, TFUE "ya que ofrecen sus servicios a título oneroso en un mercado específico, y desarrollan su actividad como operadores económicos independientes frente a sus clientes". La orientación del TJCE en este punto es muy clara en la deslegitimación de la negociación colectiva sobre el trato económico y regulatorio de los trabajadores autónomos, tanto porque no existe ninguna disposición que, como la ley europea (artículos 153 y 155 TFUE, así como 1 y 4 del convenio de política social) "anima a los

[24] Si admitimos una terminología de origen norteamericano (appropiate bargaining unit). Ello significa el expreso reconocimiento por el ordenamiento de que una determinada colectividad - por su extensión, su composición o sus caracteres - debe ser considerada con entidad y autonomía suficiente para dar lugar a un convenio colectivo único y propio, y por tanto constituye una apropiada unidad de negociación. Si, por el contrario, se excluye esa unidad, no se admite o no se considera apropiada, esa colectividad no puede ser objeto de una normación colectiva específica y propia. Se trata de la distinción expresa, en otros ordenamientos, entre la employer unit y la plant unit. La primera hace referencia a una característica funcional y económica de la empresa; la segunda alude a un tipo de unidad técnica y, en cierto modo, geográfica. En general se admite en esos sistemas la coexistencia de ambos tipos de unidad. *Vid*.: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *Revista de Política Social*, núm. 84, 1969.

[25] Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999. Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie. Asunto C-67/96.

autónomos a entablar un diálogo similar con los empresarios con los que prestan servicios en virtud de un contrato de trabajo y, por tanto, a estipular convenios colectivos con dichos empleadores para mejorar sus condiciones de empleo y trabajo "; y porque la asociación sindical que representa a los autónomos no actúa como un "partido social" sino que, en realidad, funciona como una asociación de empresas. La única forma de evitar conflictos con la ley de competencia es verificar si los trabajadores en nombre de los cuales el sindicato ha negociado no son "falsos autónomos".

La transformación experimentada por las funciones de la negociación colectiva, con un aumento del peso de la función de organización y gestión de la situación económica y productiva de la empresa, frente a las más tradicionales de fijación de las condiciones de la prestación de trabajo, han llevado a los convenios colectivos a regular materias fuera del centro de las condiciones de trabajo y empleo.

Dados tales hechos, la cuestión que se suscita por tanto, es la compleja relación existente entre el ejercicio y regulación estatal del derecho a la negociación colectiva, y las normas que regulan la competencia y las libertades de circulación en la Unión Europea. En tal escenario el propio Parlamento Europeo, han reivindicado la no aplicación por el Tribunal de Justicia de los parámetros de protección habitual de la libre competencia y de las libertades económicas a las acciones sindicales y a los sistemas de negociación colectiva[26].

Sin embargo, en la actualidad puede afirmarse, que los convenios colectivos se encuentran sometidos a un doble control derivado de la protección de la competencia en el mercado y del ejercicio de las libertades económicas. Por un lado, los contenidos de los convenios colectivos no deben falsear la competencia en el mercado, dirigiéndose exclusivamente a la regulación de los objetivos propios de la negociación colectiva, sin perturbar la acción en el mercado de bienes y servicios de terceros actores económicos; por otro, la aplicación de los convenios colectivos en las empresas no debe ser un obstáculo para el ejercicio por las mismas de las libertades de circulación, en particular las de establecimiento y prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea. Las

[26] Resulta de interés la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (Directiva "Whistleblowing"). El objeto principal de la Directiva es evitar cualquier tipo de represalia, directa o indirecta, caso del trabajador, que denuncia cualquier tipo de incumplimiento de la legalidad vigente cometido en el seno de la empresa donde preste servicios, ya sea por otro trabajador o por cualquier miembro de la empresa.
La Directiva, con cierta ambigüedad, dice se aplicará a los denunciantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral, incluyendo, como mínimo, a: a) las personas que tengan la condición de trabajadores en el sentido del artículo 45, apartado 1, del TFUE, incluidos los funcionarios; b) las personas que tengan la condición de trabajadores no asalariados, en el sentido del artículo 49 del TFUE. La protección, en primer lugar, debe aplicarse a la persona que tenga la condición d "trabajador" en el sentido del artículo 45, apartado 1, del TFUE, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, es decir, a la persona que lleva a cabo, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo su dirección, determinadas prestaciones a cambio de una retribución.
Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir todas las firmas de represalias contra las personas a que se refiere el artículo 4, incluidas las amenazas de represalias y las tentativas de represalia, en particular, en forma de: a) suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes; b) degradación o denegación de ascensos; c) cambio de puesto de trabajo, cambio de ubicación del lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de trabajo; d) denegación de formación; e) evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales; f) imposición de cualquier medida disciplinaria, amonestación u otra sanción, incluidas las sanciones pecuniarias; g) coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo; h) discriminación, o trato desfavorable o injusto; i) no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; j) no renovación o terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal; k) daños, incluidos a su reputación, en especial en los medios sociales, o pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio y de ingresos; l) inclusión en listas negras sobre la base de un acuerdo sectorial, informal o formal, que pueda implicar que en el futuro la persona no vaya a encontrar empleo en dicho sector; m) terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios; n) anulación de una licencia o permiso; o) referencias médicas o psiquiátricas.

sentencias Viking Line, C-438/05 y Laval, C-341/05, han mostrado el claro ejemplo de la subordinación de los derechos sociales al mercado.

No resulta jurídicamente suficiente que en el art. 152 TFUE se diga que la Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales y facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía[27].

Con los asuntos Albany, Brentjen's y Drijvende Bokken, de 21 de septiembre de 1999, se planteó por primera vez la compatibilidad de un convenio colectivo con las disposiciones comunitarias de defensa de la competencia, cuestionándose si un acuerdo pactado entre empresarios y trabajadores podría ser considerado como un pacto entre empresas. En septiembre de 2000 el TJCE dictó la primera sentencia en la que aplicó directamente la doctrina Albany con respecto a la relación entre los convenios colectivos y el Derecho de la competencia. En el Asunto Van der Woude el Tribunal retomó el razonamiento jurídico anteriormente expuesto, sin proceder a su revisión o concreción.

Cabe señalar, que en el asunto C-271/08, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania de 15 de julio de 2010, el Tribunal valoró la aplicación de la jurisprudencia Albany, a un supuesto de hecho relacionado con la libertad de circulación. El Tribunal acogía en su sentencia la argumentación jurídica de la Abogada General, añadiendo que a diferencia de lo que ocurre con la protección de la competencia en el mercado, «no puede considerarse que sea inherente al propio ejercicio de la libertad de los interlocutores sociales y del derecho a la negociación colectiva la vulneración de las directivas que dan aplicación a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en el ámbito de la contratación pública. Señalando igualmente que la concreta designación de entidades y empresas para el desempeño de los objetivos de mejora del nivel de las pensiones de los trabajadores se excede de la esencia del derecho de negociación colectiva[28].

En España la incidencia de la doctrina Albany, podría decirse, ha llevado a la aplicación de las normas de la competencia a los convenios colectivos. Desde el año 2007, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y su sucesora, la Comisión de Defensa de la Competencia (CNC), han venido revisando la adecuación de los convenios colectivos a la Ley de Defensa de la Competencia. A partir de la Resolución de 29 enero 2007 del TDC se planteó por primera vez ante el TDC la adecuación con la defensa de la competencia con la denominada "Cláusula de fijación de precios y competencia desleal", contenida en un convenio colectivo de sector de las empresas de ayuda a domicilio de la Comunidad Autónoma de Cantabria. El TDC, considerando que el contenido de los convenios colectivos se circunscribe a las condiciones de empleo y a las relaciones de los trabajadores con los empresarios, afirmó que la cláusula impugnada tenía como pretensión regular el beneficio empresarial y de eliminar la competencia en precios en el mercado de la ayuda a domicilio.

Otros pronunciamientos similares de la CNC (16 de marzo de 2009) se centró en el Convenio contact center, y la de (17 de marzo de 2009) en el Convenio de Seguridad. En la Resolución de 24 de septiembre de 2009, sobre las Empresas estibadoras, , en la que la CNC se declaró acreditada una infracción del art. 1.1 de la LDC y del art. 81 del TCE por la firma y puesta en funcionamiento del IV Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales en el sector de la estiba portuaria, más tarde confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2010, (SAN. Sala de lo Contencioso Administrativo, de 4 de mayo de 2010, R. 5/2009).

[27] Señala M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer que el principio de competencia libre y no falseada, es elevado a base constitucional del ordenamiento jurídico comunitario, por su transversalidad, e incide mediatamente en los derechos del trabajo nacionales. *Vid*.: "Ayudas públicas para el empleo v. libre competencia", *RL*, núm. 23, 2001.

[28] *Vid*. Una ampliación del tratamiento en: GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: "Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011.

La CNC, en fin, ha considerado tales convenios colectivos como acuerdos entre empresas, cuyo contenido únicamente se vería exento de la aplicación de las normas de la competencia en el caso de ceñirse a las condiciones de empleo y relaciones de los trabajadores con los empresarios.

5. EL PUESTO DE TRABAJO

Cada vez más se impone el trabajo híbrido respaldado por escritorio compartido que ayuda a equilibrar la capacidad de la empresa, garantizando que todos tengan un espacio para trabajar.

El sistema denominado hot desking (mesas calientes) por el que mediante una aplicación informática los trabajadores deben reservar sus puestos de trabajo de manera semanal, pudiendo estos estar localizados en distintos lugares de las instalaciones de la compañía. Para llevar a cabo la reserva de sus puestos de trabajo, los empleados tenían dos turnos: el primero, entre las 8 y las 14 horas; y el segundo, de 14 a 20 horas.

Sobre tal cuestión la Audiencia Nacional con fecha 27-07-2021 resolvió por la Sentencia 180/2021, número de recurso: 277/2020, la cuestión relativa a la decisión empresarial que estableció un reparto semanal de puestos de trabajo en los diferentes centros de trabajo a través de una aplicación informática, sistema denominado “hot desk”.

La controversia se centró en acreditar si la implantación del sistema de reserva de puestos de trabajo por parte de la empresa supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo. La implantación suponía el diseño de un escenario futuro de trabajo en el que, en función de las posibilidades de la actividad y el proyecto, pueda combinarse trabajo presencial y teletrabajo aplicando un sistema denominado hot desk, o puestos calientes, de forma que los empleados puedan reservar puestos de trabajo a través de una aplicación informática. El objetivo del uso 'hot desk' era maximizar la flexibilidad del uso de la oficina.

El sistema supone que una vez llegado a la oficina, se dispone de un plazo de 2 horas a partir del inicio del slot, para confirmar el uso de la reserva (Check in). Los puestos en uso, reservados y confirmados, pueden ser liberados por el usuario antes de la finalización del slot. Entonces volvería a aparecer como disponible el puesto por el resto del slot liberado. Igualmente, si no se va a necesitar un puesto reservado, se puede cancelar la reserva quedando el puesto liberado en el slot correspondiente. Todas y cada una de estas acciones, reserva, conformación, liberación y cancelación, generan una notificación email al usuario. El propio sistema notifica al usuario cuando se acerque el vencimiento del plazo de confirmación (Check in) de la reserva, y si llega a anularse la reserva por no haberse realizado la confirmación.

En el procedimiento la demandante interesó que se declarara la nulidad y subsidiariamente la improcedencia de la actuación unilateral de la empresa denominada “hot desk”, encuadrada en el procedimiento denominado Smart Job, consistente en la adjudicación del puesto de trabajo a través de solicitud de los trabajadores mediante aplicación informática, obligando a la empresa a ubicar a los trabajadores en sus puestos de trabajo habituales. Se alega en tal sentido que los trabajadores de la plantilla dejan de tener un puesto de trabajo físico habitual, para pasar a tener el que le asigna una aplicación informática a solicitud del propio trabajador, o de su responsable.

El presente proceso se limitó únicamente al examen de la procedencia de la decisión empresarial de implantar un sistema informático de atribución de puestos de trabajo en las distintas oficinas en las que prestan servicio las personas trabajadoras.

La Sala, estimó que no existía una modificación sustancial de condiciones de trabajo de las previstas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y, por ello, sujeta a los trámites de negociación previa contemplados en el citado precepto, entendiendo por el contrario que la actuación empresarial discutida por la parte demandante se ha de encuadrar en el poder directivo del empresario regulado en el artículo 20 ET.

La Sala alegó una jurisprudencia conocida, como es el caso, de STS de 25-11-2015 (rec.229/2014), que establece: "Para delimitar el carácter de la modificación que nos ocupa hay que partir de la clásica afirmación jurisprudencial según la que "por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista "ad exemplum" del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del "iusvariandi empresarial". Añadiendo que "ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador haya de ser calificado como sustancial o accidental". En efecto, nuestra jurisprudencia ha insistido en "destacar la imposibilidad de trazar una noción dogmática de "modificación sustancial", y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, sosteniéndose al efecto por autorizada doctrina que es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador; o lo que es igual, para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones" (STS de 26 de abril de 2006, Rec. 2076/2005).".

En definitiva, la Audiencia Nacional indicó que nos encontramos ante un nuevo criterio empresarial de organización del trabajo que no afecta a las materias contempladas en el artículo 41 ET, y que responde a razones de eficacia y eficiencia organizativa para un mejor aprovechamiento de los recursos materiales que precisa la empresa para la ejecución de su fin empresarial. Parece razonable, por ejemplo, que si en un edificio de cinco plantas acude personal de las distintas plantas pero que ocuparía en la práctica solamente dos, se utilicen efectivamente esas dos plantas con el sistema de asignación de puestos, evitándose así la utilización innecesaria de todas las plantas en cuestión con la consiguiente mejora en la gestión de algunos costes de la empresa (suministro eléctrico, mantenimiento, limpieza, etc.). Es por ello que la demanda no prosperó pues ni concurre una modificación sustancial de condiciones de trabajo ni existe falta de ocupación efectiva por parte de la empresa.

6. LA DISCRIMINACIÓN OCULTA

El efecto discriminatorio puede surgir de una evaluación negativa del servicio prestado en base a elementos que no conciernen al rendimiento en sí mismo, pero están dictados por los prejuicios del usuario hacia el trabajador (por ejemplo puede ser el prejuicio racial). Así, los sistemas de reputación de la satisfacción del cliente pueden caracterizarse como herramientas potencialmente posibles para canalizar la actitud discriminatoria del usuario dentro de la relación laboral, siendo por tanto, un tercer sujeto inmerso en la relación de trabajo, gracias a las técnicas de evaluación de la satisfacción puestas en marcha por la empresa.

Igualmente es posible la discriminación cuando el logaritmo perfilado a los ciclistas adoptado por la plataforma Deliveroo, se basa en los dos parámetros de fiabilidad y participación, sin ninguna precisión, tratando de la misma forma a los que no participan en la sesión reservada por motivos no reconocidos jurídicamente, de los que sí lo son, como participar en una huelga, estar enfermo, discapacidad, ayuda a una persona discapacitada, o un menor enfermo. Ello en la práctica discrimina posiblemente, marginándolo, y reduciendo así significativamente sus futuras oportunidades de acceso al trabajo.

La Sentencia del Tribunal Ordinario de Bolonia de 31 de diciembre de 2020 resolvió una demanda presentada por varios sindicatos (Federazione Italiana Lavoratori Trasporti – Filt Cgil di Bologna, Filcams Cgil di Bologna y Nidil Cgil Bologna) contra Deliveroo Italia SRL por discriminación en las condiciones de acceso a la reserva de las franjas horarias de trabajo en la

plataforma. La Corte acreditó la calificación del caso en el contexto de la colaboración heteroorganizada. Según el órgano judicial, se precisa la supuesta neutralidad del algoritmo, que al sancionar al corredor por no cancelar la reserva dentro de los tiempos señalados, no toma en cuenta las razones de esta conducta, ya que los corredores, que hubieran decidido participar en una acción colectiva como la huelga, podrían haber visto penalizadas sus estadísticas, y por tanto sus oportunidades laborales, integrándose con ello una hipótesis de discriminación indirecta.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALBIOL MONTESINOS I.: "En torno a la polémica ajenidad dependencia", *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de Valencia*, núm. 1, 1971.

CRUZ VILLALÓN, J.: "El debate en torno a la adaptación o superación de la subordinación como elemento referencial del derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo un debate global desde la perspectiva española", *Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Revista Internacional de Direito do Trabalho*, núm. 1, 2021.

DE LA VILLA GIL, L. E.: "La crisis de la dependencia en la delimitación de las relaciones jurídico-privadas", *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 56, 1963.

DELFANTI A, RADOVAC L. y WALKER T.: "The Amazon panopticon: A guide for workers, organizers & policymakers", *Report for UNI Global Union*, 2021.

DEMICHELIS, L.: "Il nuovo fordismo individualizzato", *Sbilanciamoci*, 14 de abril de 2016.

DI NUNZIO, D., BRUNETTI, A. y MANCINI, C.: "Le frontiere dell'azione sindacale nella frammentazione del lavoro", *QRS*, núm. 3, 2015.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: "Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011.

METTLING, M. B.: "Transformation numérique et vie au travail", Rapport, 2015.

MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2005.

PERULLI, A.: "Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi", *WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT* – 410/2020.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Ayudas públicas para el empleo v. libre competencia", *RL*, núm. 23, 2001.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo", *Revista de Política Social*, núm. 71, 1966.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Empresa y contrato de trabajo", *Anales de la Universidad Hispalense XX*, 1960.

RUESGA BENITO, S. M. (Dir.) *et al*: *Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012.

RUTKIN, A.: "Help, my boss is an algorithm", *New scientist*, 2016.

ULRICH, B.: *Power in the Global Age*, Cambridge, Polity Press, 2005.

La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratas

The abolition of the contract for a specific job or service and the new role of the fixed-discontinuous contract in the field of contracts

ARÁNTZAZU VICENTE-PALACIO *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Jaume I-Castelló
https://orcid.org/0000-0002-6559-4386

Cita sugerida: 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 contratas". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 2 (2022)*: 79-99.

Resumen

Se analizan algunas de las modificaciones operadas por el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre sobre la contratación temporal, concretamente: la derogación del contrato para obra o servicio determinado; el nuevo contrato indefinido adscrito a obra en el ámbito de la construcción y las modificaciones en materia de subcontratación. En relación a estas últimas, la norma posibilita la contratación de los trabajadores que prestan servicios para empresas auxiliares y en el marco de contratos interempresariales (contratas mercantiles y administrativas) en la modalidad del contrato fijo-discontinuo. Se apuntan a título orientativo algunas cuestiones que deberá abordar la negociación colectiva en el marco de la nueva regulación legal.

Palabras clave

Reforma laboral; contrato obra y servicio determinado; contratas; construcción; negociación colectiva; fijo-discontinuo

Abstract

Some of the amendments made by Royal Decree-Law 32/2021 of 28 December on temporary contracts are analysed, specifically: the repeal of the contract for a specific work or service; the new open-ended contract assigned to work in the field of construction and amendments in the area of subcontracting. With regard to the latter, the regulation makes it possible to hire workers who provide services for auxiliary companies under the framework of inter-company contracts (commercial and administrative contracts) in the form of a fixed-discontinuous contract. As a guideline, some of the issues to be addressed by collective bargaining in the framework of the new legal regulation are outlined.

Keywords

Labour reform; work and service contract determined; contracts; construction; collective bargaining; fixed-discontinuous

1. UNA GUERRA DE TREINTA AÑOS: ¿HABRÁ LLEGADO EL FIN DE LA PRECARIEDAD EN EL ACCESO AL TRABAJO O ES SÓLO UNA NUEVA BATALLA (PERDIDA)? UN REPASO HISTÓRICO

La lucha contra la precariedad laboral derivada del abuso en la contratación temporal es una constante desde hace varias décadas. No ha habido prácticamente reforma laboral en nuestro país en la que no se haya invocado como objetivo la eliminación de esta lacra. Pero la realidad es terca y siempre encuentra caminos alternativos para eludir el mandato legal, ya sea el burdo incumplimiento legal, aprovechando las altas tasas de demandantes de empleo; mediante el más sutil fraude de ley; o dentro del más estricto cumplimiento de la normativa aplicable, a través de construcciones jurídicas que terminan imponiéndose.

No está de más recordar ahora brevemente algunos datos sobre la contratación temporal de las últimas décadas y situarlos en su contexto normativo.

Fecha Recepción: 11/02/2022 - Fecha Revisión: 16/02/2022 - Fecha Aceptación: 16/02/2022
Pags. 79-99

La contratación temporal de fomento de empleo de carácter no causal surge a principios de la década de los 80 como una respuesta a la crisis de empleo de esos primeros años de andadura democrática y en el marco de las consecuencias de la crisis del petróleo. Inicialmente restringida a determinados colectivos, terminó por generalizarse para permitir la contratación temporal de cualquier trabajador inscrito como demandante de empleo. Su amparo legal se hallaba en el art. 15.1.d) ET que autorizaba al Gobierno para adoptar medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo para facilitar la colocación de trabajadores de edad avanzada, con capacidad laboral disminuida, desempleados y de quienes accedieran al primer empleo. La duración máxima de este contrato "coyuntural" era, por ley (art. 17.3 ET-80) de tres años, que acabaron convertidos en muchos más por la inexistencia de mecanismos que evitaran la rotación de los trabajadores en la misma o distintas empresas. Estas normas coyunturales convivían con el art. 15 ET-80 como norma jurídica estructural o permanente. Este precepto consagraba como premisa el principio objetivo o de causalidad (*"el contrato se presume concertado por tiempo indefinido"*) para, a continuación, enumerar los supuestos que permitían la contratación temporal. Estos supuestos eran los contratos temporales clásicos: el contrato para obra o servicio determinado, el contrato eventual por circunstancias de la producción, el contrato de interinidad por sustitución y el contrato fijo y periódico de carácter discontinuo. La reforma de 1984 flexibilizó el régimen del contrato coyuntural al predicarla de los trabajadores demandantes de empleo[1] y creo una nueva figura causal: el contrato por lanzamiento de nueva actividad. Y a partir de aquí se inicia la batalla contra el excesivo peso de la contratación temporal en nuestro mercado de trabajo, lógicamente en el marco de las diferentes sensibilidades parlamentarias que van sucediéndose en la, cada vez más, consolidada democracia. La liberalización que caracterizó la amplia reforma del último gobierno socialista (1993-1996) no impidió la adopción de medidas para la lucha contra la contratación temporal suprimiendo del art. 15 ET el contrato coyuntural de fomento de empleo como instrumento "estable" de contratación (aunque se mantuvo el tenor literal del art. 17.3 ET), manteniendo la misma tipología de contratación temporal causal anterior, si bien se incrementó el papel de la negociación colectiva en la definición causal de las distintas modalidades. Será bajo el primer Gobierno popular (1996-2000) cuando, como resultado del diálogo social (Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo, 1996) se inicie el cambio de orientación normativa con la finalidad de reducir las tasas de temporalidad, objetivo asumido en mayor o menor medida por todos los gobiernos posteriores, populares o socialistas, con escaso éxito. Ni la supresión definitiva de la contratación temporal coyuntural generalizada, ni el incremento de las facultades atribuidas a los convenios en la configuración de las duraciones de los contratos causales, ni la habilitación para establecer requisitos adicionales para la prevención de abusos en la contratación temporal, ni la imposición al empresario de obligaciones informativas sobre la contratación temporal, ni el establecimiento de nuevos límites legales a la encadenación de contratos temporales del mismos trabajador en la misma empresa, grupo de empresas o en relación al mismo puesto de trabajo con independencia del trabajador (temporal) (rotación de trabajadores), entre otras medidas adoptadas en las más de dieciséis normas legales (entre normas de urgencia y leyes resultado de la tramitación parlamentaria de aquellas) que afectaron al art. 15 ET del Estatuto de los Trabajadores 1995. Entre estas normas se incluye la reiterada suspensión de la aplicación de una de las principales reglas (art. 15.5 ET) previstas para evitar la precariedad laboral fruto del diálogo social a nivel comunitario (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.). Ninguna reforma se operó sobre la regulación del Segundo Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (2015) hasta la reforma operada por este Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre.

[1] El Real Decreto-Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo amplió la duración mínima del contrato temporal de fomento de empleo a 12 meses (elevando también el periodo de carencia mínimo para acceder a la prestación contributiva de desempleo a 12 meses).

Ninguna de estas reformas tuvo efecto significativo para la contención de la contratación temporal. Como aves migratorias, los contratos suscritos fueron cambiando su encuadre desde el contrato coyuntural a las tipologías causales, bien las clásicas (eventual, interinidad, obra y servicio) bien a las nuevas (lanzamiento de nueva actividad, inserción, contrato para emprendedores). La supresión del contrato coyuntural de fomento de empleo supuso el inesperado renacimiento de un contrato prácticamente muerto desde su nacimiento (lanzamiento de nueva actividad); la derogación de este determinó el despegue de los contratos eventuales por circunstancias de la producción en los que la ocasionalidad e imprevisibilidad se prolongaba mucho más de lo que cabe reconducir a estos calificativos; las restricciones a estas duraciones, la reconducción de las contrataciones hacia el contrato para obra o servicio determinado en el marco del desmantelamiento de la empresa-organización a partir de la externalización productiva. En definitiva, de poco o nada sirvieron tantas reformas normativas, concertadas o no, si atendemos a los datos disponibles. Los datos son muy claros[2]:

MODALIDAD DE CONTRATACION	2015	2016	2017	2018	2019	2020
INDEFINIDO ORDINARIO (Bonif./no Bonif.)	1.022.340	1.121.350	1.232.127	1.435.317	1.312.831	930.046
PERSONAS CON DISCAPACIDAD	8.120	9.886	10.678	11.619	11.082	6.467
OBRA O SERVICIO	7.334.750	7.715.112	8.278.306	8.274.521	8.193.202	6.241.088
EVENTUAL CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN	7.722.400	8.641.593	9.412.876	9.830.653	10.341.952	6.777.227
INTERINIDAD	1.581.739	1.591.346	1.563.147	1.569.956	1.555.355	1.188.747

Si atendemos a los datos acumulados a diciembre de 2021, queda claro que no es la construcción el principal sector en el que opera el contrato de obra y servicio determinado sino que, por el contrario, los servicios han asumido el protagonismo[3]:

2.4A CONTRATOS DE TRABAJO SEGUN TIPO DE CONTRATO POR SECTOR, SECCIÓN Y DIVISIÓN DE ACTIVIDAD ECONÓMICA. AMBOS SEXOS. AÑO					
				ACUMULADOS A DICIEMBRE 2021	
	TOTAL CONTRATOS	TOTAL CONTRATOS INICIALES	INDEFINIDO (Bonif./no Bonif)	OBRA O SERVICIO	EVENT. CIRC. DE LA PRODUC.
AGRICULTURA Y PESCA	2.914.135	2.874.501	87.371	1.979.171	794.481
INDUSTRIA	2.354.813	2.233.385	98.012	557.838	1.442.394
CONTRUCCIÓN	1.143.408	1.037.524	67.735	762.503	189.514
SERVICIOS	12.972.003	12.361.084	973.618	3.699.173	6.257.150
TOTAL ACTIVIDAD ECONOMICA	**19.384.359**	**18.506.494**	**1.226.736**	**6.998.685**	**8.683.539**

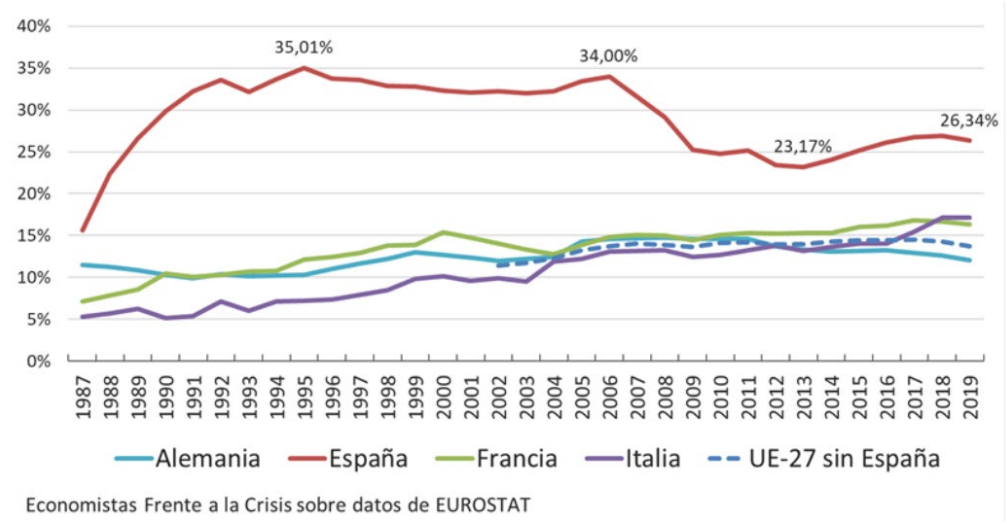
En términos relativos y en el contexto comunitario, la contratación temporal supone unos porcentajes muy elevados[4] que contrastan con los datos de otros países comunitarios. No son de

[2] Datos extraídos del Servicio Público de Empleo Estatal: "Datos estadísticos generales", resumen-gráficos y tablas, diciembre, 2021 (Fecha de consulta: 23-1-2022).

[3] Datos procedentes de Servicio Público de Empleo "Estadísticas de contratos. Datos acumulados diciembre 2021" Tabla 2.4.A. Contratos por sector, sección y división de actividad económica, procesada por la autora. Puede descargarse en https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/contratos/estadisticas-nuevas/2021/diciembre.html (Fecha de consulta: 20-1-2022).

[4] El gráfico procede de https://economistasfrentealacrisis.com/es-excesiva-la-temporalidad-del-empleo-en-espana/ (Fecha de consulta: 20-1-2022). Está elaborado con datos extraídos de Eurostat.

extrañar las reiteradas llamadas de atención que recibimos por parte de las instancias comunitarias sobre las exageradas cifras de temporalidad de nuestro mercado laboral que, como queda puesto de manifiesto, no puede quedar excusada por la importancia de la construcción en nuestro país pues, como se deriva de la tabla anterior, la construcción ocupa algo menos del 11% del total de contratos de obra y servicio iniciales mientras que el sector servicios representa casi el 53% de los contratos para obra o servicios iniciales.



Es notable la diferencia porcentual entre España por un lado, y otros dos socios comunitarios (Francia e Italia) que han compartido con nosotros una regulación prácticamente idéntica de la contratación temporal causal.

2. LA DEROGACIÓN, CON CARÁCTER GENERAL, DEL CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADO COMO MODALIDAD CAUSAL SINGULAR

Una de las principales novedades del Real Decreto-Ley 32/2021 ha sido la derogación, con carácter general, del contrato para obra o servicio determinado. Como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, esta figura contractual, existente en nuestro Derecho desde la primera codificación de nuestras leyes "obreras" (1926), se había convertido en la segunda modalidad de contratación laboral en España, convirtiendo en una quimera el principio de causalidad en la contratación laboral.

El contrato para obra o servicio determinado fue tradicionalmente una figura contractual cuyo ámbito de aplicación se circunscribía fundamentalmente a aquellas actividades en las que se contrataba la realización de una "obra determinada" (opus) entendida como "cosa material y tangible" (res) cuya realización tenía un término cierto radicando la incertidumbre en el momento exacto de su vencimiento *(certus an, incertus quando).* En el ámbito laboral es, pues, lógico que su ámbito tradicional de actuación fuera el sector de la construcción por cuanto terminada la opus/res, desaparecía el objeto del contrato y la necesidad de los trabajadores contratados cuando dichos operarios estaban adscritos exclusivamente a dicha obra. Apareció así en las normas sectoriales preconstitucionales[5] la figura el "fijo de obra" que se ha mantenido en el ámbito de la negociación colectiva desde la publicación del I Convenio General del Sector de la Construcción que vino a

[5] Reglamentación del Trabajo en las Industrias de la Construcción y Obras Públicas (Orden de 3 de abril de 1946; BOE de 14-4-1946) y Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica (Orden de 28-8-1970; BOE de 5-9-1970).

cubrir el vacío de regulación sectorial tras la definitiva derogación de la Ordenanza Laboral de la Construcción.

La inclusión del "servicio" como resultado de la acción de servir y, por tanto, como una acción continua, no excluía la necesidad de que también su finalización fuera cierta, aunque fuera incierta la fecha de llegada de ese término, vinculado directamente con la culminación del servicio contratado.

Esta generalización del contrato para obra o servicio determinado fuera de su ámbito "tradicional" de la construcción (y obras públicas) se explica, fundamentalmente, por tres motivos: 1) el coste de la extinción del contrato de trabajo indefinido; 2) la generalización de la externalización productiva en las tres últimas décadas; y, c) la aceptación por la jurisprudencia de las contratas o concesiones (por naturaleza, temporales) como causa legítima del contrato de obra y servicio determinado. A las anteriores cabe añadir otra trinidad: a) la aparición en el mercado de las empresas multiservicios, que han operado como encubiertas agencias de suministro de mano de obra o Empresas de Trabajo Temporal; b) la interpretación jurisprudencial del art. 44 ET, que excluye la subrogación empresarial prevista en el supuesto de cambio de contratistas, por entender que en tales casos no se opera una transmisión empresarial entendida como un conjunto organizado (aunque posteriormente se haya configurado la doctrina de la "sucesión de plantillas"; y c) La regulación legal y, en alguno caso, las dudas sobre la identificación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las contratistas cuando el objeto social de la empresa auxiliar era múltiple (empresas multiservicios).

La reforma ha incidido sobre prácticamente todas estas causas, aunque con distinta intensidad. A la supresión del contrato para obra o servicio determinado cabe apuntar distintas reformas del régimen jurídico de la subcontratación, en concreto, la imposibilidad de vincular la externalización al contrato para obra o servicio determinado y previsiones el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas auxiliares; el establecimiento de una regulación específica para la extinción del contrato indefinido para las obras de construcción; el incremento de cotizaciones de los contratos temporales de corta duración; y la reforma sobre las materias en las que cabe la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, en aquellos supuestos en los que existe un convenio colectivo sectorial de aplicación preferente.

3. UN CONTRATO "INDEFINIDO" PARA LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN: PECULIARIDADES DE SU RÉGIMEN EXTINTIVO. MANTENIMIENTO DE LA MISMA INDEMNIZACIÓN POR FIN DE CONTRATO INDEFINIDO QUE LA PREVISTA EN EL CGSC PARA EL EXTINTO "CONTRATO FIJO DE OBRA". OTRAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN EL ÁMBITO DE LA CONSTRUCCIÓN: LA OFERTA DE RECOLOCACIÓN Y SUS EXCEPCIONES

La supresión incondicionada del contrato para obra o servicio determinado incidía directamente en el ámbito de la construcción en el que, con carácter general, la necesidad de la mano de obra desaparece con la realización de la obra o de sus distintas fases. El legislador ha optado por no establecer excepciones a la modalidad contractual pese a la vinculación entre objeto del contrato (res) y relación laboral. Sin perjuicio de que, en algunos casos, las empresas puedan tener en marcha simultánea y/o sucesivamente distintas obras por lo que desaparece la "res" específica como causa que justifica la temporalidad del contrato, no siempre es así pues depende en gran medida del tamaño de la empresa. La reforma ha cambiado el enfoque de la regulación de la flexibilidad demandada por el sector empresarial: la adaptación a la temporalidad del objeto de la prestación de servicios se ha desplazado desde la duración del contrato de trabajo a la regulación de una causa específica de extinción contractual del nuevo contrato "indefinido adscrito a obra".

Los datos anuales 2021[6] arrojan el siguiente escenario de las empresas de construcción en España en atención al número de trabajadores que ocupan: a diciembre de 2021 existen 417.017 empresas, de las que 245.595 carecen de asalariados; y 104.160 empresas cuentan con 1 o 2 trabajadores y 34.016 empresas cuentan con entre 3 y 5 trabajadores.

	Total	Sin asalariado	1 a 2	3 a 5	6 a 9	10 a 19	20 a 49	50 a 99	100 a 199	200 a 249	250 a 999	1000 a 4999	5000
Nacional	417.017	245.595	104.160	34.016	15.007	10.901	5.808	993	354	51	109	19	4

Si atendemos a su distribución territorial por Comunidades Autónomas, las empresas con más de 250 trabajadores se encuentran principalmente en Madrid, Andalucía y Cataluña.

	Total	Sin asalariados	1 a 2	3 a 5	6 a 9	10 a 19	20 a 49	50 a 99	100 a 199	200 a 249	250 a 999	1000 a 4999	5000
Andalucía	58.976	31.803	15.558	5.870	2.586	1.908	998	173	55	8	17	0	0
Aragón	11.490	6.551	3.068	983	412	274	165	27	8	2	0	0	0
Asturias	8.052	5.092	1.868	543	233	192	93	15	10	1	5	0	0
Baleares	16.837	9.886	3.861	1.476	736	519	308	33	15	0	3	0	0
Canarias	16.396	10.020	3.506	1.347	679	497	271	54	17	3	2	0	0
Cantabria	5.524	3.424	1.317	415	165	121	65	15	2	0	0	0	0
Castilla - La	19.716	10.637	5.682	1.869	719	504	241	41	18	2	1	2	0
Castilla y Le	22.447	13.260	6.112	1.727	645	458	208	23	12	0	2	0	0
Cataluña	75.035	45.148	18.533	5.856	2.559	1.828	881	154	51	9	13	3	0
C. Valencian	45.261	26.186	11.814	3.689	1.656	1.211	583	84	26	3	9	0	0
Extremadura	8.328	4.326	2.498	840	328	217	100	19	0	0	0	0	0
Galicia	27.427	16.727	6.852	2.033	843	585	300	62	18	3	3	1	0
Madrid	60.418	37.072	13.897	4.458	2.061	1.562	1.009	200	85	15	44	11	4
Murcia	12.224	7.099	2.997	999	524	371	198	25	8	2	1	0	0
Navarra	6.335	4.269	1.239	402	187	138	71	14	12	0	3	0	0
País Vasco	19.097	12.083	4.520	1.220	547	409	245	49	13	3	6	2	0
La Rioja	2.757	1.613	702	215	94	78	50	4	1	0	0	0	0
TOTAL	416.320	245.196	104.024	33.942	14.974	10.872	5.786	992	351	51	109	19	4

Efectivamente, otra de las novedades del RDLey 32/2021 ha sido la configuración de una nueva causa de extinción del contrato de trabajo en un ámbito funcional específico: el sector de la construcción. Ya se ha señalado con anterioridad la temporalidad que caracteriza la mano de obra en esta actividad pues deja el trabajador deja de ser necesario cuando finaliza la obra/cosa, su tradicional regulación en las normas sectoriales y su peso en un sector que ha constituido tradicionalmente uno de los motores de la economía española.

La eliminación por el RDL 32/2021, sin excepciones, del contrato para obra o servicio determinado y sin margen para que la negociación colectiva pueda regular su aplicación en este ámbito específico llevaba aparejada la aplicación del régimen extintivo general previsto en el art. 49 y ss. ET, con las consecuencias económicas allí previstas. Para evitarlo -dado el carácter efectivamente temporal de esta actividad- se ha optado por crear una nueva causa de extinción contractual denominada "por motivos inherentes a la persona trabajadora", que se analiza a continuación. Desde el punto de vista económico, implica el establecimiento de una indemnización por fin de contrato inferior a la prevista con carácter general y concretamente, recoge en una norma heterónoma (Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la

[6] Datos extraídos del Barómetro (Directorio Central de Empresas) del "Observatorio de la Fundación Laboral de la Construcción" (https://www.observatoriodelaconstruccion.com/barometro). Fecha de consulta: 2-2-2022.

construcción -en adelante, LSSC) la indemnización prevista en el Convenio General del Sector de la Construcción (en adelante, CGSC) por finalización del contrato "fijo de obra" por terminación de la obra. Es de significar que la reforma no ha modificado la D.A.3ª ET-2015 también referida a la negociación colectiva y el "contrato fijo de obra". Esta disposición habilitaba a la negociación colectiva de la construcción para establecer excepciones o precisiones en la regulación del contrato fijo de obra respecto de lo previsto en el art. 15.1.a) (ahora inexistente), art. 15.5 (que mantiene su redacción) y art. 49.1.c) (redacción modificada) de conformidad con lo previsto en la D.A.3ª LSSC. El RDL 32/2021 ha olvidado adaptar esta norma (D.A.3ª ET-2015) a la nueva regulación del contrato "indefinido adscrito a obra".

Efectivamente, el art. 2 RDLey 3/2021 modifica completamente la redacción de la D.A.3ª LSSC. En su redacción original establecía una habilitación expresa para que el convenio sectorial estatal adaptara el contrato para obra o servicio determinado a las obras de construcción con el objeto de garantizar una mayor estabilidad en el empleo y así mejorar la salud y seguridad de estos trabajadores "en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación", precepto al que se remitía, a su vez, la D.A.3ª ET-2015, que exceptúa la aplicación del art. 15.1.a) y 49.1.c) ET-2015 a lo que pueda establecer la negociación colectiva conforme a lo señalado en la D.A.3ª LSSC. Se daba así sanción legal a una figura clásica sectorial -el contrato fijo de obra- ya previsto en las antiguas Reglamentaciones y Ordenanzas Laborales, ampliando la habilitación a la negociación colectiva que se infería del art. 15.1.a) ET. La nueva redacción cambia el enfoque desde la flexibilidad de entrada a la flexibilidad de salida, poniendo de relieve la interrelación entre los dos puntos temporales en los que se comprende la prestación de servicios de los trabajadores de la construcción.

Más allá de la cuestionable denominación de esta nueva causa extintiva (¿causas *inherentes?*) el nuevo texto recoge, adaptándolo al cambio de perspectiva desde las especialidades en la entrada a las singularidades en la salida, y con la novedad que se apunta a continuación, la figura del "fijo de obra" prevista en el art. 24 CGSC.

Esta regulación especial del régimen extintivo del contrato *indefinido adscrito a obra en el ámbito de las empresas del sector de la construcción* se traduce, en lo que a su coste se refiere, en el mantenimiento de la misma indemnización por cese del contrato fijo de obra prevista en el vigente art. 24.8 CGSC: una *"indemnización del 7% calculada sobre los conceptos salariales establecidos en el convenio colectivo que resulte de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato, o la superior establecida en el Convenio General del Sector de la Construcción*"[7]. La recepción por el legislador de la cuantía de la indemnización impide que la autonomía colectiva pueda rebajar en el futuro el nivel de protección que el legislador ha querido conferir a estos trabajadores indefinidos permitiéndoles, sin embargo, una mejora de la indemnización. Parece razonable que la ley vuelva a asumir un papel regulador en esta materia y sector de actividad de la misma forma que el régimen indemnizatorio general previsto en el ET resulta indisponible para la negociación colectiva.

Sería injusto negar a la reforma su voluntad de contribuir a la mejora de la estabilidad de los trabajadores del sector, al imponer a la empresa la obligación de ofrecer una propuesta de recolocación al trabajador a quien se extingue su contrato de trabajo por finalización de la obra determinada. Los términos de esta oferta son los siguientes:

[7] El literal del art. 24.8 CGSC señala: ". En todos los supuestos regulados en los apartados anteriores, y según lo previsto en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 49.1.c) del E.T., se establece una indemnización por cese del 7 por ciento calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicables devengados durante la vigencia del contrato, y siempre y en todo caso, respetando la cuantía establecida en el citado artículo 49.1 c) del E.T.",

a) La obligación empresarial no decae por el hecho de que el trabajador no reúna la capacitación necesaria para desempeñar las tareas del puesto disponible puesto que la norma es clara: "*previa realización, si es preciso, de un periodo de formación*".

b) La definición de los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuadas según las cualificaciones requeridas para cada puesto, nivel, función y grupo profesional compete al convenio estatal del sector de la construcción. Se trata de una habilitación muy amplia, que incluye los requisitos de acceso. Esto implica que no siempre el trabajador va a poder suplir la falta de capacitación inicial con la formación, pues dependerá a la distancia existente entre su capacitación y la exigida para el desempeño de otro puesto de trabajo correspondiente a otro nivel y/o grupo profesional.

c) La norma dispone que la formación es *a cargo* de la empresa. Aunque cabe interpretar esta carga predicada de la financiación de la actividad formativa, también podría interpretarse que se refiere al mantenimiento de la retribución del trabajador durante el periodo formativo. Es preciso tener en cuenta que el contrato sólo se extingue -abriendo la puerta a la eventual percepción de las prestaciones por desempleo- cuando el trabajador rechaza la oferta de recolocación, por lo que durante el periodo de formación el contrato está vigente. El hecho de que la formación pueda llevarse a cabo previamente a la finalización de la obra parece que refuerza esta interpretación. Queda en el aire, sin embargo, si debe llevarse a cabo durante la jornada (que no parece razonable) o si, por el contrario, puede exigirse esa actividad formativa al trabajador fuera del tiempo de trabajo. Habrá que esperar a ver qué regula el Convenio Colectivo General Construcción sobre esta materia pues se abre un amplio abanico de posibilidades.

d) En todo caso, lo que es indudable es que compete a la empresa la organización de la actividad formativa y la elección de la entidad formadora sin perjuicio de lo que se pueda establecer por la negociación colectiva. Pues puede llevarse a cabo directamente (es decir, por parte de la propia empresa) o a través de una entidad especializada, siendo preferente la formación que imparta la Fundación Laboral de la Construcción "con cargo a las cuotas empresariales". Hay que señalar que el texto legal se refiere expresamente a la financiación de estas ayudas con cargo a las cuotas empresariales, lo que excluye la financiación con cargo a otras partidas presupuestarias que pueda percibir la citada Fundación tales como subvenciones estatales o autonómicas dirigidas a personas ocupadas o desempleadas. Según los datos publicados, el presupuesto de la Fundación Laboral para 2021 fue de 68,24 millones de euros representando las cuotas empresariales un 50,99% de dichos ingresos[8].

e) No queda muy claro en la regulación legal el ámbito geográfico al que se extiende la oferta de recolocación pues de la regulación de la extinción por causas inherentes a la persona trabajadora parece inferirse que la obligación de recolocación se restringe a la existencia de obras del empleador en el mismo ámbito provincial. Efectivamente, el punto 5 se inicia con la frase "Una vez efectuada la propuesta de recolocación (…)" por lo que parece que la carga empresarial no está limitada a que las obras para la recolocación del trabajador se encuentren en el ámbito provincial. Sin embargo, la lectura de la causa c) del punto 5 se desprende que el empresario es quien extingue el contrato de trabajo en caso

[8] https://www.fundacionlaboral.org/actualidad/noticias/fundacion/la-fundacion-laboral-reduce-su-presupuesto-para-2021-casi-un-12-frente-al-de-2020-por-la-incertidumbre-economica-provocada-por-el-covid-19 (Fecha de consulta: 28-1-2022).

de "inexistencia en la provincia en la que está contratada la persona trabajadora de obras de la empresa acordes a su cualificación profesional, nivel, función y grupo profesional una vez analizada su cualificación o posible recualificación. Esta misma restricción geográfica se contempla en la causa b) que también habilita a la empresa a dar por extinguido el contrato de trabajo si la cualificación de la persona trabajadora no resulta adecuada a las nuevas obras que tenga la empresa en la provincia, incluso tras el proceso de formación o recualificación. El rechazo de la oferta de colocación es libre para el trabajador, sin que tenga que concurrir causa alguna. El art. 267.1.a) no exige causa alguna para considerar situación legal de desempleo la extinción del contrato por motivos inherentes a la persona del trabajador". Por lo demás, la oferta de "recolocación" se refiere a obras de la empresa con la que el trabajador mantiene ese contrato indefinido de obra y, por tanto, no parece que pueda cumplirse con esta obligación si la recolocación deriva de una eventual subrogación en el contrato de trabajo de una nueva contratista, en el caso de las obras públicas, supuesto regulado en el actual art. 27 CGSC.

- Esta referencia provincial por lo demás, no es novedosa. La figura del "fijo de obra" prevista en el CGSC utilizaba el mismo ámbito geográfico para permitir su prestación de servicios en varias obras sin perder por ello la condición de "fijo de obra" y con un límite de 3 años.

f) A la negociación colectiva estatal "del sector correspondiente" le compete también el establecimiento de los criterios de prioridad o permanencia aplicables cuando puedan concurrir varios trabajadores para una misma obra. Constituye una singularidad la restricción al ámbito estatal del convenio colectivo pues la nueva regulación del art. 16.3 ET del contrato fijo-discontinuo remite al convenio colectivo, sin precisar su ámbito, admitiendo incluso el acuerdo de empresa para la regulación de los criterios objetivos y formales del llamamiento. Como es sabido, el sector de la construcción tiene desde la derogación definitiva de la Reglamentación de Trabajo, una estructura jerarquizada ya muy consolidada partiendo del ámbito sectorial estatal que es desarrollado por convenios sectoriales a nivel provincial.

Por otra parte, cabe preguntarse por cual debe ser/será el destino de la subrogación prevista en el art. 27 CGSC para el ámbito de las contratas de obra pública. Su finalidad fue asegurar la continuidad de la relación laboral del fijo de obra en el caso de sucesión de contratistas y con la finalidad de garantizar el puesto de trabajo del trabajador adscrito a dicha obra pública en caso de cambio de contratista antes de la finalización objetiva de la obra. La nueva figura de "*indefinido adscrito a obra*" no parece que cambie su necesidad, pero si plantea cuestiones interesantes. Si se opera un cambio subjetivo del titular de la contrata a la que está adscrito el trabajador indefinido adscrito a la obra, todavía no terminada, el nuevo adjudicatario queda subrogado en la posición del anterior empleador de tal forma que será este nuevo empleador quien quedará obligado a llevar a cabo la oferta de recolocación al trabajador subrogado cuando la obra finalice objetivamente pues es este último el empleador del trabajador en el momento en el que la *res* se concluye. No obstante, hay que recordar que recientemente el TJUE (STJUE de 24-6-2021 *Acciona Agua)*[9] tuvo ocasión de valorar la adecuación o no del art. 27 CGSC tanto al Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada (Directiva 1999/70/CE de 28 de junio) como a la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo concluyendo en relación a esta última cuestión su adecuación (o mejor, su falta de oposición) "*siempre y cuando la aplicación de dicha normativa no tenga como efecto colocarlo en una posición menos favorable por el mero hecho de esa subrogación, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente*". Se trata de una conclusión que deja un amplio

[9] STJUE de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/2019)

margen de valoración para el tribunal nacional pues se trata de analizar si dicha subrogación beneficia o perjudica al trabajador. Hay que tener en cuenta que este régimen convencional de "sucesión de plantillas" exige al trabajador una antigüedad mínima de 4 meses (salvo algunas excepciones) para que opere la subrogación y, además, restringe notablemente los derechos del trabajador subrogado pues limita los derechos y obligaciones en los que se/ subroga a los generados por *el último contrato suscrito por el trabajador sin que la empresa entrante se encuentre vinculada por cualquier contrato o pacto anterior a aquel, particularmente a efectos de años de servicio, indemnizaciones por despido y cualesquiera otros conceptos que tomen en consideración el tiempo de prestación de servicios (...)*. Las hipótesis pueden ser las siguientes:

1ª) El trabajador indefinido adscrito a la obra pública que es asumida por otro contratista continúa vinculado a su empresa, que debe realizarle una oferta de recolocación en los términos apuntados, oferta que el trabajador puede aceptar o no. La extinción del contrato por causas inherentes a la persona del trabajador (inexistencia de puesto disponible, resolución voluntaria por el trabajador) abre la puerta a la extinción del contrato con la indemnización prevista que debe tomar en consideración toda la antigüedad del trabajador en la empresa con la que está vinculado con el "contrato indefinido adscrito a obra".

2ª) El trabajador indefinido adscrito a la obra pública que es asumida por otro contratista pasa a quedar subrogado a esta última empresa. La regulación actual contempla una limitación de la antigüedad a los efectos del cálculo del cálculo de la indemnización predicado del "último contrato suscrito por el trabajador". Puesto que este contrato es indefinido y la adscripción a una u otra obra no afectan al contrato con la empresa saliente, cabe una interpretación del tenor literal de este precepto convencional como comprensivo de la fecha de inicio de la prestación de servicios para dicha empresa saliente, con independencia de que durante todo ese periodo haya podido estar adscrito a una u otra obra del empleador" a quien se encuentra vinculado con ese contrato indefinido. En definitiva, se trata de asegurar que el trabajador tiene derecho, en caso de extinción de su contrato por causas inherentes al trabajador por finalización de la obra tras haber prestado servicios a la nueva adjudicataria, a una indemnización que cubra todo el tiempo de vigencia de esa relación laboral, primero con la empresa cesante y luego con la nueva adjudicataria. Por tanto, la obra/res pierde relevancia en la identificación de la antigüedad del trabajador. Solo así cabe defender la adecuación al Derecho comunitario de esta regulación convencional pues si la limitamos a la última obra (en la que opera la subrogación) el trabajador ve reducida su indemnización por extinción del contrato por causas inherentes a la figura del trabajador por lo que "*colocaría al trabajador en una posición menos favorable por el mero hecho de la subrogación*" (STJUE de 24-6-2021, Acciona Agua).

4. EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO PARA LAS ACTIVIDADES VINCULADAS A CONTRATAS MERCANTILES O ADMINISTRATIVAS

Como se ha señalado con anterioridad, el contrato para obra o servicio determinado ha sido en las últimas décadas la vía principal instrumentada para eludir la contratación indefinida al amparo de la temporalidad derivada del contrato (mercantil o administrativo) de externalización productiva. La reforma ataja de forma decidida este uso torticero de un contrato que nunca estuvo previsto para atender actividades permanentes del empleador (empresa auxiliar) y lo hace bajo los auspicios de la concertación social que, sin duda, se ha visto facilitada por el cambio de criterio del Tribunal Supremo (STS de 19-7-2018 y STS de 29-12-2020), cerrando definitivamente la puerta al contrato de obra y servicio determinado amparado exclusivamente en la temporalidad del contrato entre empresas y/o administraciones públicas. Y donde una puerta (temporalidad) se cierra, se abre una ventana (fijo-discontinuo).

Efectivamente, la reforma ha dado una nueva redacción del art. 16 ET para dar entrada a la posibilidad de concertar un contrato fijo-discontinuo *"para el desarrollo de trabajo consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa".* Se atiende así a la supuesta temporalidad de los servicios que presta la contratista a la empresa principal y que constituye su actividad mercantil ordinaria, cuya continuidad está condicionada a la renovación de la contrata o contratas con el/los empresario/s principal/es y que durante décadas ha servido, bendecida por la jurisprudencia, para justificar la suscripción de contratos para obra y servicio determinado. Esta habilitación del art. 16 ET se completa con la prohibición del art. 15 ET que excluye como causa del (también reformulado) contrato eventual *"la realización de trabajo en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurran las circunstancias de la producción en los términos [previstos para el contrato eventual]"*. El incremento ocasional e imprevisible de la actividad "normal" de la empresa justifica la suscripción del contrato eventual, mientras la previsibilidad de los trabajos y el marco organizativo en el que se prestan (empresa de servicios) remite al contrato fijo-discontinuo, sin que se excluya la posibilidad de que ese marco de colaboración empresarial pueda justificar un contrato eventual si concurre un incremento ocasional o imprevisible que genera un desajuste temporal entre el empleo estable (en este caso, fijo-discontinuo) y el que se requiera ni, por supuesto, que siempre y necesariamente deba recurrirse al contrato fijo discontinuo pues se trata de una mera habilitación para concertar este contrato sin que quede excluido el contrato indefinido pues no hay que olvidar que, según la nueva redacción del art. 15 ET, *"el contrato se presume concertado por tiempo indefinido".*

Y es que precisamente la primera duda que le surge al intérprete de la norma es el alcance de esta habilitación: si la mera existencia de la contrata justifica el contrato fijo-discontinuo o si, por el contrario, es necesario que efectivamente exista un periodo de inactividad entre las contratas para que pueda suscribirse el contrato fijo-discontinuo. En definitiva, se trata de valorar si la discontinuidad se presume iuris et de iure por el mero hecho del negocio jurídico mercantil o administrativo o si, por el contrario, debe concurrir el periodo de inactividad de tal manera que, si este no existe, el contrato debe ser indefinido[10]. Hay que recordar que la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que la discontinuidad es inherente ("seña de identidad") al contrato fijo-discontinuo excluyendo esta calificación cuando de forma reiterada hay una continuidad en la prestación de servicios[11].

El periodo de inactividad que justifica el carácter discontinuo del contrato es, exclusivamente, el plazo de espera de recolocación entre subcontrataciones. La supuesta incertidumbre en el mantenimiento de la continuidad de la actividad empresarial por parte de la contratista se sanciona ahora legalmente, de tal forma que durante el periodo de espera de recolocación que constituye el "periodo de inactividad" de este fijo discontinuo, se abre la puerta a la percepción por el trabajador fijo-discontinuo de las prestaciones por desempleo [art. 267.1.d) TRLGSS-2015] si cumple los requisitos generales exigidos (es decir, el periodo de carencia exigido con carácter general) o en su caso, del subsidio por desempleo, con las singularidades que los fijos discontinuos presentan en este último caso (art. 274 TRLGSS).

En defecto de otra duración prevista por el convenio colectivo sectorial, el plazo máximo de inactividad entre subcontratas es de tres meses. Terminado este plazo de espera, la empresa debe adoptar las medidas provisionales o definitivas que procedan según esta norma, es decir, el propio

[10] Algún autor parece considerar que la norma ha operado el trasvase desde el contrato para obra o servicio determinado al contrato fijo discontinuo. *Vid*. GARCÍA ORTEGA, J.: "El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de reforma laboral", *Brief AEDTSS*, 2022. Puede descargarse en https://www.aedtss.com/category/briefs-de-la-aedtss/ (fecha de consulta: 3-2-2022).

[11] STS de 28-10-2020 (núm. rec. 4364/2020) respecto de unos trabajadores que encadenaron sin interrupción la "campañas de julio-agosto" y la "campaña de invierno" (resto del año) durante varios años.

ET. Por tanto, remisión a las medidas de flexibilidad interna (suspensión de contrato, reducciones de jornada) o externa (extinción del contrato por causas económicas, técnicas o de producción). En este último caso, el contrato ya no estará suspendido sino extinguido, sin que exista deber alguno de llamamiento en caso de que la empresa iniciara una nueva prestación de servicios, sea para la misma empresa principal o para otra. En la actualidad, algunos de los convenios colectivos sectoriales que establecen mecanismos de subrogación de los trabajadores para los supuestos de sucesión de contratas disponen la obligatoriedad de la subrogación de la nueva adjudicataria incluso aunque el periodo transcurrido entre el cese de la saliente y la entrada de aquélla sea no superior a un año (por ejemplo, limpieza de edificios y locales; atención a personas con discapacidad[12]; vigilancia y seguridad[13]) por lo que cabría aventurar, sin perjuicio de lo que se apunta a continuación, que la negociación colectiva ampliará sustancialmente esos periodos de inactividad entre contratas.

Esta nueva regulación suscita algunos interrogantes.

En primer lugar, y por lo que respecta a la protección por desempleo, cabe preguntarse por las consecuencias de la apertura del derecho a la prestación de desempleo durante el periodo de espera de recolocación sobre la eventual y futura protección por desempleo, ya se reanude la actividad con la misma empresa (y el trabajador se reincorpore a la actividad) o ya se extinga la contrata y también el contrato fijo-discontinuo. El periodo de inactividad de los trabajadores fijos discontinuos constituye causa de suspensión del contrato de trabajo configurada expresamente como situación legal de desempleo (art. 267.1.b) LGSS-2015) lo que permite el acceso a la prestación por desempleo durante este periodo de inactividad. Por su parte, el art. 6.5 RD 625/1985 dispone una regla específica para estos trabajadores sobre los efectos que la reanudación de la actividad tiene sobre la suspensión o extinción de la prestación por desempleo que pudiera estar disfrutando el trabajador: si la duración del nuevo trabajo es inferior a 6 meses, la prestación de desempleo se suspende, mientras que si es superior a 6 meses, la prestación se extingue; con los efectos generales respectivos que cada una de estas situaciones implica para la generación de futuras prestaciones. Es decir, la suspensión permite la reapertura de la prestación suspendida mientras que la extinción concede al trabajador un derecho de opción entre la reanudación de la prestación suspendida o la reapertura de un nuevo derecho. Además, durante el periodo de inactividad los trabajadores fijos discontinuos se encuentran en situación de asimilación al alta respecto de las contingencias que se determinen (art. 36.1.6º RD 84/1996, de 26 de enero) y expresamente a efectos de las prestaciones por desempleo cuando el fijo discontinuo no sea llamado al reiniciarse la actividad correspondiente (art. 2.2 RD 625/1985) sin que subsista la obligación de cotizar (salvo las peculiaridades establecidas para los fijos discontinuos por cuenta ajena del sistema especial agrario). Por tanto, si el periodo de espera del llamamiento es inferior a 3 meses -tal y como dispone supletoriamente la nueva regulación legal- el trabajador tendrá acceso a la prestación por desempleo contributiva si acredita el periodo mínimo de carencia exigido en el periodo de referencia (ambos previstos con carácter general), de tal manera que en caso de llamamiento y reincorporación, la prestación de servicios por un tiempo superior a 6 meses determinará la extinción de la prestación que hubiera podido abrir durante dicha espera con los efectos previstos en el art. 269.3 LGSS-2015; es decir, podrá optar por percibir durante el tiempo que le restara la prestación causada durante el periodo de espera o podrá optar por abrir nuevo derecho y en el primer caso, *"(...) las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no se hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior, contributivo o asistencial"*. No es necesario decir que la apertura del nuevo derecho (por las nuevas cotizaciones) se lleva a cabo exclusivamente sobre estas nuevas cotizaciones pues las cotizaciones anteriores ya fueron computadas (y consumidas) con la apertura de aquella prestación por la que ahora no se opta.

[12] Resolución de 27-6-2019 (BOE de 4-7-2019).
[13] Resolución de 29-12-2021 (BOE de 12-1-2022).

Para dejar completamente dibujado el sistema de protección por desempleo de los fijos discontinuos hay que apuntar también la consideración singular que reciben en el ámbito del nivel asistencial pues: a) La duración del subsidio de los trabajadores fijos discontinuos en los supuestos de agotamiento de prestación contributiva tanto en el supuesto de que tengan responsabilidades familiares o cuando, sin tenerlas, sean mayores de 45 años, es equivalente al número de meses cotizados en el año inmediatamente anterior al momento de solicitar el subsidio (art. 277.4 LGSS-2015 y art. 8.3 RD 625/1984); b) Están excluidos del subsidio para mayores de 52 años mientras mantengan la situación de fijos discontinuos (art 277.4 LGSS-2015). Precisamente sobre las diferencias que soportan los fijos discontinuos en la protección asistencial por desempleo, la D.T.6ª RDLey 32/2021 incorpora dos avisos:

1ª) la futura reforma (por el Gobierno) del nivel asistencial por desempleo. Esta referencia al Gobierno puede ser interpretada tanto a una futura norma reglamentaria, a una norma de urgencia (¿?) o como a la presentación de un futuro Proyecto de ley. Dada la extensa regulación legal del fijo discontinuo y el papel conferido a la negociación colectiva no parece que quede espacio para un desarrollo reglamentario por el Gobierno.

2ª) la modificación del régimen jurídico de los subsidios asistenciales aplicable para los trabajadores fijos discontinuos para su equiparación con el resto de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General protegidos por esta contingencia.

El segundo interrogante versa sobre los mecanismos subrogatorios previstos en bastantes convenios colectivos sectoriales para los supuestos de cambio de contratistas, tanto su operatividad en los casos ya regulados como la necesidad de su mantenimiento. El art. 16.2ª4 ET señala que las medidas que la empresa puede adoptar tras el transcurso del plazo de espera de tres meses (o el fijado convencionalmente) son "(las) provisionales o definitivas que procedan según el ET". Es decir, no hay una habilitación expresa a la negociación colectiva para articular otras medidas para asegurar la estabilidad en el empleo como la subrogación de plantillas en la nueva contratista prevista por estos convenios. Hay que recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo excluye todavía la aplicación del art. 44 ET en estos supuestos, partiendo de una concepción muy restrictiva de la empresa como organización y no como actividad, concepto sin duda más adecuado a los nuevos tiempos, en una interpretación cuestionable de la jurisprudencia del TJUE, impidiendo así que esa remisión a la norma legal pueda entenderse referida también a la sucesión de contratas.

Nos encontramos así con una nueva cuestión que cabe aventurar termine nuevamente en los tribunales: la legalidad de las cláusulas de subrogación que puedan preverse en los futuros convenios colectivos y la aplicación de las ya previstas en convenios colectivos todavía vigentes o en situación de ultraactividad a los que ya resulta de aplicación la nueva redacción del art. 84.3 ET en la redacción conferida por el RD 32/2021 (D.T.3ª RD 32/2021)[14]. Argumentos hay para ambas (hipotéticas) hipótesis.

Atendiendo a su literalidad, la remisión a las medidas provisionales o definitivas que puede adoptar el empresario tras el periodo de espera se predica de las recogidas en el ET, pudiendo entenderse que, si no hubiera querido restringir la remisión a la norma legal, hubiera apuntado

[14] De la importancia que confieren las partes negociadoras a la subrogación empresarial es sumamente ejemplificativo el hecho de que el I Convenio Colectivo Sectorial de Limpieza de Edificios y Locales (Resolución de 8-5-2013; BOE de 23-5-2013) dispone la ultraactividad de la regulación de la subrogación hasta la adopción de un nuevo acuerdo como excepción a la duración de la ultraactividad prevista con carácter general para el resto del articulado que se establece en 5 años a partir de su denuncia. Según los datos de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos se trata de un convenio que comprende en su ámbito personal de aplicación a 360.901 trabajadores, de los que 252.631 son mujeres y 108.270 son varones. Además, la subrogación queda reservada al Convenio Sectorial de ámbito estatal. Su vigencia alcanza hasta el 31-12-2023.

expresamente otras medidas previstas en los convenios, como así ha hecho con la duración del periodo de espera entre recolocaciones (periodo de inactividad).

Una interpretación sistemática y finalista permite mantener la postura contraria. El art. 85.1 ET recoge el principio de libertad negocial de los convenios colectivos lo que implica que pueden regular cualquier cuestión de índole laboral siempre que no contravenga normas de derecho necesario. Puesto que la finalidad de la reforma ha sido mejorar la estabilidad en el empleo y reducir la precariedad laboral parece razonable apostar por una interpretación flexible que no excluya la legalidad de estas cláusulas subrogatorias cuya finalidad es asegurar el mantenimiento del empleo del trabajador cuyo empleador ha dejado de prestar el servicio amparado en una contrata que ha sido asumida por otro contratista. Por tanto, se abren varias posibilidades, en las que cabe apuntar, sin ánimo exhaustivo, las siguientes:

a) Trabajador contratado por contratista con contrato indefinido. La pérdida definitiva de la contrata sin que sea adjudicada a un nuevo contratista determina la adopción de las medidas suspensivas o extintivas previstas en el ET, tanto de flexibilidad interna (incluyendo una eventual movilidad geográfica del trabajador si la empresa tiene algún puesto disponible en otras contratas en los términos previstos en el ET) o medidas de ajuste de empleo temporales si, por ejemplo, está a la espera de la adjudicación de una nueva contrata por otra empresa (suspensión del contrato por causas económicas) o extintivas, con aplicación del régimen extintivo del art. 41 o 52.1.a) ET.

b) Trabajador contratado por contratista con contrato indefinido siendo sucedido en la actividad por otro contratista. Aplicación de los mecanismos subrogatorios de carácter convencional a los trabajadores que cumplan los requisitos de antigüedad exigidos por la norma convencional.

c) Trabajador contratado con contrato fijo-discontinuo perdiendo la empresa la contrata y estando pendiente de renovación de esa contrata o de adjudicación de otra contrata. El trabajador pasa a situación de inactividad durante el tiempo previsto (tres meses o lo previsto en el convenio) y si se materializa la renovación o la adjudicación de otra contrata, el trabajador debe ser objeto (sujeto) de llamamiento. Si no se materializa ninguna de esas opciones en el plazo fijado, y no se adjudica a ningún nuevo contratista, se aplican de nuevo las medidas de suspensión o extinción previstas.

d) Trabajador contratado con contrato fijo-discontinuo y adjudicación de la actividad subcontratada a otra empresa contratista. Si la adjudicación se lleva a cabo sin solución de continuidad, el trabajador fijo discontinuo pasa a quedar adscrito a la nueva contratista si se cumplen los requisitos previstos en el convenio. Si no existe solución de continuidad entre el cese de la contratista saliente y la adjudicación a la nueva contratista y el periodo de interrupción es inferior al previsto legal (3 meses) o convencionalmente, opera la subrogación. En caso de superación de ese plazo, la empresa cesante debe adoptar las medidas suspensivas o extintivas previstas legalmente.

En todo caso, no está de más recordar que los mecanismos subrogatorios previstos en los convenios colectivos suelen exigir un periodo mínimo de adscripción de los trabajadores a la contrata que es diferente según el sector de actividad y comprende desde los tres[15] a los doce[16]

[15] XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (Resolución de 27-6-2019; BOE de 4-7-2019); XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil (Resolución de 12-7-2019; BOE de 26-7-2019).

meses, con duraciones intermedias de cuatro[17], cinco[18], seis[19], siete[20] y nueve[21] meses, siendo las más frecuentes las de cuatro y seis meses. En el ámbito educativo, en algún caso la referencia es a un curso escolar[22]. En algún caso[23] se combinan dos criterios: una determinada antigüedad en el periodo inmediatamente anterior a la subrogación (4 meses) o una antigüedad (6 meses) dentro de un determinado periodo de referencia más amplio (dieciocho meses anteriores a la fecha de la subrogación). También aparece en alguna ocasión una antigüedad diferente según la contrata sea con administración pública (4 meses) o con cliente privado (1 año)[24], entre otras casuísticas.

Precisamente, sobre el cómputo de la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos, el RDL 32/2021 recoge la vigente jurisprudencia nacional[25] y doctrina comunitaria[26] que considera que debe computarse toda la duración de la relación laboral y no solo el periodo de servicios efectivamente prestados, aunque excepciona "aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia". El Tribunal Supremo mantiene en la actualidad, que debe computarse la duración de la relación laboral a efectos retributivos y de promoción profesional, pero mantiene su doctrina anterior que limita el cómputo al periodo de servicios efectivamente prestados para el cálculo de la indemnización por despido[27].

En tercer lugar, el art. 16.5 ET remite a los convenios colectivos sectoriales la regulación de otras cuestiones del contrato fijo-discontinuo (en general): la posibilidad de establecer una bolsa

[16] Convenio Colectivo del sector de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal de la provincia de Zaragoza (BOPZ de 13-11-2020).

[17] Convenio General del Sector de la Construcción y todos los provinciales del sector dada la estructura articulada de la negociación colectiva del sector. El VI CGSC (2017-21) se reserva con carácter exclusivo la regulación de la subrogación empresarial y todos los convenios provinciales reiteran el contenido de este.
La subrogación en el ámbito de la Construcción y Obras Públicas está restringida exclusivamente a las actividades de "conservación y/o mantenimiento de autopistas, autovías, carreteras o vías férreas, redes de agua, concesiones municipales para el mantenimiento y conservación de aceras, pavimentos, vías públicas y alcantarillado". Como excepción, algún convenio aplica el mismo mecanismo expresamente a las contratas de mantenimiento de petroquímicas y nucleares, dado que en su ámbito territorial existen empresas de ambas actividades (Tarragona).
También establecen como adscripción mínima del trabajador de cuatro meses los convenios del sector de la limpieza de edificios y locales; en la actualidad, de ámbito provincial y el sector de transporte en ambulancia de enfermos y accidentados: en esta última actividad, la subrogación es materia reservada al ámbito sectorial estatal).

[18] Conveni col·lectiu de treball de les empreses privades que gestionen equipaments i serveis públics, afectes a l'activitat esportiva i de lleure (DOGC de 13-7-2018).

[19] IV Conveni col·lectiu d'aparcaments, estacionaments regulats de superfície, garatges, servei de rentat i greixatge de vehicles de Catalunya (DOGC de 17-11-2020);

[20] Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 (Resolución de 18-11-2020; BOE de 26-11-2020). Este convenio diferencia su regulación según el tipo de actividad, pero, en ambos casos la antigüedad mínima exigida son siete meses.

[21] Convenio colectivo para la industria siderometalúrgica de la provincia de Ávila (Resolución de 1-7-2019; BOPA de 8-7-2019).

[22] Convenio colectivo regional de servicios educativos, extraescolares y socioculturales para Castilla y León (Resolución de 26-2-2019; BOCyL de 8-3-2019)

[23] IV Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (Resolución de 27-12-2019; BOE de 13-1-2020).

[24] Convenio colectivo provincial del metal de Córdoba (BOP Córdoba de 2-11-2021).

[25] STS de 19-11-2019 (núm. rec. 2309/2017), STS de 10-12-2019 (núm. rec. 2932/2017), STS de 1-2-2021 (núm. rec. 4073/2018), STS de 4-5-2021 (núm. rec. 3156/2018) y STS de 13-10-2021 (núm. rec. 3650/2018) SSTS 121/2021 de 1 febrero (rec. 4073/2018) y 471/2021 de 4 mayo (rec. 3156/2018), doctrina sentada sobre el devengo del complemento económico por antigüedad.
Sobre la primera sentencia mencionada, *vid*. GARCÍA MURCIA, J.: "Cómputo de antigüedad y promoción económica y profesional de trabajadores fijos discontinuos", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, núm. 1, 2020. Acceso en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000000773

[26] ATJUE de 15-10-2019 (Asuntos acumulados C-539/18 y 472/18).

[27] STS de 30-7-2020 (núm. rec. 324/2018).

sectorial de empleo como espacio para la contratación y el desarrollo de acciones de formación durante los periodos de inactividad; el establecimiento de un periodo mínimo de llamamiento anual; la fijación de una cuantía (¿de qué?) (¿algún problema en poner *indemnización*?) por fin de llamamiento a satisfacer por las empresas a los trabajadores "cuando este [¿el fin del llamamiento; el periodo mínimo de llamamiento?] coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento". En definitiva, la reforma remite al convenio colectivo sectorial la posibilidad de establecer una indemnización por extinción del contrato fijo-discontinuo a (siempre que no constituya un despido pues, en tal caso, se aplican las normas legales, que son indisponibles para la negociación colectiva) aunque la complicada redacción del precepto complica su comprensión. En definitiva, parece que la indemnización puede establecerse cuando el trabajador no sea llamado a reincorporarse a la actividad por coincidir el fin del llamamiento con el cese de la actividad, sin interrupción. En definitiva, una clásica indemnización por fin de contrato (temporal) que ahora se abre también a los fijos discontinuos cuando la falta de llamamiento sea debida a la falta de actividad empresarial. En todo caso, y sobre la base del principio de libertad negocial (art. 85.1 ET), la negociación colectiva podría establecer también una indemnización, aunque entre uno y otro momento existiera una interrupción (a determinar por el propio convenio) y siempre que la falta de llamamiento se ajuste a la legalidad y no encubra un despido.

5. SUBCONTRATACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

Finalmente, no puede dejar de apuntarse que la reforma ha incidido sobre otra de las causas que contribuyó a la generalización del contrato para obra o servicio determinado en el ámbito de la externalización productiva: la reducción de costes derivada de la aplicación de un convenio colectivo con peores condiciones laborales que el aplicado en la empresa principal. En definitiva, la reforma ha querido anular la competencia desleal de una reducción de costes basada en el empeoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores "subcedidos". El resultado, sin embargo, es más limitado que las expectativas iniciales. El primer mandato del art. 42.6 ET es la aplicación del "convenio del sector de la actividad desarrollada en la empresa contratista o subcontratista". Se trata de una previsión nada novedosa pues recoge la jurisprudencia sobre la identificación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas contratistas multiservicios[28], aunque sí hay que reconocerle el mérito de incrementar la seguridad jurídica. No se trata de aplicar a los trabajadores, total o parcialmente, el convenio de la empresa principal (sectorial o empresarial) sino que el convenio aplicable será, en principio, el sectorial de la actividad que desarrolla la empresa contratista en el marco de la relación interempresarial por lo que, en el caso de que la empresa realice varias actividades auxiliares para la empresa principal, serán aplicables tantos convenios colectivos como actividades desarrolladas por aquélla, manteniéndose así la pluralidad de estatutos jurídicos entre los trabajadores de la empresa principal y contratista y también entre los trabajadores de la propia contratista, cuando se trate de una empresa multiservicios o que presta servicios auxiliares encuadrados en distintos ámbitos sectoriales. Pese a lo señalado en el extensísimo Preámbulo en relación con la garantía del principio de igualdad de trato y no discriminación entre dos trabajadores que realizan un trabajo del mismo valor, este objetivo no se ha logrado. No se ha acogido finalmente la propuesta de implementar una solución similar a la prevista en el ámbito de las Empresas de Trabajo Temporal -la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo vigentes en la empresa usuaria (art. 11 ET) quizá por el carácter concertado de la norma.

Dos reglas exceptúan este mandato principal: 1º) cuando "exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III ET"; 2º) cuando la empresa contratista cuente con convenio "propio", que se aplicará en los términos previstos en el art. 84 ET. La primera duda que suscita esta excepción es la integración del concepto de "convenio propio", categoría inexistente

[28] Entre otras *vid*. STS de 11-6-2020 (núm. rec. 9/2019). La doctrina judicial mantuvo posturas contradictorias.

hasta ahora en la calificación de convenios colectivos del Título III ET. Posiblemente, se ha querido evitar la referencia al convenio de empresa, dado las dificultades de negociar estos convenios en las empresas multiservicios por incumplimiento del principio de correspondencia[29], sin perjuicio de su validez como convenios de centro de trabajo.

En relación a la segunda excepción y puesto que la norma legal también ha modificado el art. 84 ET excluyendo la determinación de la cuantía del salario base y de los complementos salariales de las materias en las que el convenio "propio" puede concurrir con un convenio sectorial vigente (no así el abono y compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos) aquél ya no puede instrumentarse para una mejora de la ventaja competitiva a costa de los derechos salariales de los trabajadores. Algún autor[30] ha apuntado como posible punto ciego la posibilidad de que las empresas multiservicios puedan alegar la inexistencia de convenio sectorial aplicable a efectos de mantener la prioridad aplicativa del convenio colectivo en materia salarial. A mi parecer, no existe tal punto ciego puesto que la regulación salarial es la prevista en el convenio sectorial de la actividad que lleve a cabo el trabajador de la empresa multiservicios en la empresa principal, que es lo que dispone ahora el nuevo art. 42.6 ET.

Sin embargo, esto último no queda excluido cuando el convenio "propio" no es "concurrente" con un convenio sectorial, dado el ámbito material restringido al que se refiere el art. 84 ET.

Por lo que se refiere a la primera (críptica) salvedad habrá que entenderla referida a un (futuro) convenio colectivo sectorial para las empresas auxiliares o multiservicios.

6. NORMAS TRANSITORIAS, CONTRATO PARA OBRA Y SERVICIO DETERMINADO Y CONTRATO FIJO-DISCONTINUO EN LAS ACTIVIDADES VINCULADAS A CONTRATAS

Como ocurre desde hace algunos años, esta reforma también tiene previstas diferentes fechas para su entrada en vigor. Aunque esa fecha "general" fue el 31 de diciembre de 2021, hasta siete de sus medidas tienen demorada su entrada en vigor en tres meses, es decir, que entrarán en vigor el 31-3-2022. A los efectos que aquí interesa, esta entrada en vigor diferida alcanza a la modificación del art. 15 ET -que incluye, por tanto, la derogación del contrato para obra o servicio determinado (apartado 3 del artículo primero RDLey 32/2021, de modificación del art. 15 ET) y a la nueva redacción del art. 16 (apartado cuarto del artículo primero RDL 32/2021) que abre la contratación como fijo-discontinuo del personal que presta servicios en el marco de contratas mercantiles o administrativas.

Los contratos para obra o servicio determinado suscritos con anterioridad al 31-12-2021 y vigentes en dicha fecha mantienen su vigencia hasta su duración máxima en los términos previstos en el art. 15.1.a) ET. Idéntica previsión se recoge para el contrato fijo de obra contemplado en el art. 24 CGSC (D.T.3ª RDL 32/2022).

La entrada en vigor diferida abra la posibilidad de suscripción de contratos para obra o servicio determinado todavía conforme a la normativa anterior, aunque la norma limita la su duración a seis meses (D.T.4ª RDL 32/2022). Esta posibilidad no debería alcanzar, sin embargo, al contrato para obra o servicio determinado justificado en la temporalidad de las contratas por cuanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había cerrado esta posibilidad con anterioridad. Los

[29] Sobre el particular, *vid*. VICENTE PALACIO, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo (el trabajador subcedido)*, Barcelona, Atelier, 2016.

[30] *Vid*. BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: "Nueva reforma laboral 2021 (RDL 32/2021): impacto en contratas y subcontratas y el 'trabajo externalizado" (primeras valoraciones sobre los nuevos artículos 42.6, 84.2 y 15 y 16 ET), en su blog Una mirada crítica a las relaciones laborales, https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primeras-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/ (Fecha de consulta: 3-2-2022).

contratos para obra o servicio determinado que se realicen durante este trimestre de *vacatio legis* deben tener por objeto "una obra o servicio determinado" cuya temporalidad sea intrínseca a éstos, excluyendo aquellos supuestos en los que la temporalidad depende de circunstancias externas y especialmente, de contratas mercantiles o administrativas. Queda la duda de si en este caso y durante este periodo cabe ya la suscripción del contrato fijo-discontinuo por cuanto la habilitación del nuevo art. 16.4 ET no entra en vigor hasta el 30-3-2022: una interpretación literal lo excluye. Por otro lado, no queda claro qué ocurre cuando se cumpla el término legal de duración máxima de 6 meses de los contratos de obra y servicio suscritos durante el periodo de *vacatio legis*: si el contrato se extingue por vencimiento de este término legal, con independencia de la finalización o no de la obra o servicio, devengando el trabajador la indemnización prevista para la extinción de los contratos temporales o si, por el contrario, atendiendo al principio de causalidad es necesaria la finalización de la obra o servicio por lo que la extinción sin finalización de estos comportaría la improcedencia del despido por haberse convertido en indefinido. A favor de esta última interpretación se ha manifestado la doctrina académica[31].

Resulta prematuro aventurar cual va a ser el comportamiento de la contratación laboral a partir de ahora y especialmente, durante este trimestre transitorio. Si atendemos a los datos oficiales (SEPE)[32] sobre contratos celebrados durante el mes de enero de 2022, se han suscrito un total de 481.427 contratos para obra o servicio determinado, lo que supone 90.938 contratos para obra o servicio determinado menos que durante el mes anterior (-15,88%), con una variación interanual de -27.000 contratos de esta modalidad (-5,31%)[33]. Durante este mismo mes se han suscrito un total de 22.349 nuevos contratos fijos discontinuos (sin computar los suscritos a personas con discapacidad) lo que supone una variación en términos absolutos respecto del mes anterior de 11.455 contratos (105,15%) y una variación interanual de 15.386 contratos (220,97%). Es especialmente interesante el dato referido a la variación interanual porque permite apreciar si efectivamente se está produciendo ya un trasvase desde la contratación para obra o servicio determinado a otras modalidades de contratación y especialmente, en el ámbito de las contratas, a la figura del fijo discontinuo, aunque sin olvidar que el contrato para obra también estaba siendo utilizado para cubrir supuestos reconducibles a la ocasionalidad del contrato eventual por la ventaja de su mayor duración por lo que no cabe descartar que el contrato eventual recoja algunas de las contrataciones anteriormente amparados en el contrato para obra o servicio.

La distribución por sectores de actividad aporta información interesante. Durante este mes de enero, los contratos para obra o servicio determinado (total: 481.797) se suscribieron especialmente en el sector de servicios, con 214.417 contratos, seguido de agricultura y pesca (174.865). Muy alejados están ya la construcción (48.542) y la industria (43.973). Por lo que se refiere a los contratos fijos discontinuos (con exclusión de los suscritos a personas con discapacidad) no se han localizado datos sobre distribución sectorial. Este casi medio millón de contratos para obra o servicio tienen una duración máxima predeterminada: habrá que ver qué ocurre con los contratos que alcancen esa duración máxima el 30 de septiembre de 2022.

7. DEBERES PENDIENTES PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El RDL 32/2021 ha recuperado para la regulación heterónoma algunas cuestiones que, a partir de la reforma de 1994 y fundamentalmente, la reforma del año 2012, habían sido deslegalizadas a favor de la negociación colectiva (especialmente, la empresarial) quedando convertidas en moneda de cambio de otras condiciones laborales, fundamentalmente salario y

[31] *Vid*. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Real Decreto-Ley 32/2021: el fin de los contratos temporales que conocíamos: régimen transitorio hasta su definitiva desaparición", *Briefs AEDTSS*, Enero-2022. Puede descargarse en https://www.aedtss.com/category/briefs-de-la-aedtss/ (fecha de consulta: 3-2-2022).

[32] https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/datos-avance/contratos.html (Fecha de consulta: 5-2-2022).

[33] La variación interanual va referida al mismo mes del año anterior.

tiempo de trabajo[34]. No obstante, la reforma ha recuperado para la negociación colectiva sectorial un papel importante en la conformación de los contratos "indefinidos" examinados, bien por expresa remisión legal de los preceptos reformados, bien por el juego del principio general de libertad negocial (art. 85.1 ET). Se apuntan a continuación algunas cuestiones que deberán ser objeto de regulación por los convenios colectivos sectoriales:

Por lo que se refiere al "contrato indefinido adscrito a obra":

a) El Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción queda habilitado para establecer una indemnización por fin de contrato indefinido adscrito a obra superior a la prevista con carácter supletorio por la Disposición Adicional 3ª LSSC. Esta norma ha recogido la indemnización prevista en el vigente CGSC: el 7% calculado sobre los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato, o la superior establecida en dicho CGSC".

b) También al convenio sectorial de ámbito estatal (CGSC) le compete la definición de los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuadas según las cualificaciones requeridas para cada puesto, nivel, función y grupo profesional. En este caso, no se trata de una habilitación sino de un "mandato" pues su regulación condiciona la propuesta de recolocación empresarial al trabajador cuando finalice la obra a la que esté adscrito.

c) Ya fuera del mandato anterior, existen otras cuestiones referidas a esta formación que convendría fueran clarificadas por el CGSC: qué significa "a cargo de la empresa", si se realiza en tiempo de trabajo o fuera de la jornada; las obligaciones del trabajador en relación al aprovechamiento, por apuntar algunas cuestiones, aunque, sin duda, habrá otras muchas.

d) Previsiblemente, también el CGSC deberá elaborar un modelo de la cláusula que recoja la propuesta de recolocación empresarial que debe anexarse a los contratos de trabajo. La D.A.3ª LSSC especifica su contenido mínimo: las condiciones esenciales, ubicación de la obra y fecha de incorporación a la misma, así como las acciones formativas exigibles para ocupar el nuevo puesto. El CGSC podría incluir cualesquiera otras cuestiones que considere relevantes y alineado con su finalidad.

e) También se configura como un mandato la necesidad de que el CGSC regule los criterios de prioridad o permanencia aplicables cuando concurran varios trabajadores para una misma obra. No aporta la norma ningún criterio como antigüedad, necesidad o no de formación previa o similares. En todo caso, deberá evitarse cualquier criterio que pueda incurrir en discriminación de cualquier tipo: género, edad, estado civil, nacionalidad, etc.

f) Ya se han apuntado con anterioridad las dudas sobre la necesidad o no de mantener los mecanismos subrogatorios específicos previstos en el ámbito de la obra pública. En mi opinión, el cambio en la configuración del contrato no excluye la posibilidad de mantener los mecanismos subrogatorios, aunque habrá que adecuar la regulación del actual art. 27 CGSC a la nueva regulación legal y a la reciente jurisprudencia comunitaria.

[34] Sobre el particular, *vid*. LÓPEZ ANIORTE, Mª. C.: "El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral", *Brief AEDTSS*, 28-1-2022. Puede descargarse en https://www.aedtss.com/category/briefs-de-la-aedtss/ (Fecha de consulta: 3-2-2022)

Por lo que respecta al contrato fijo discontinuo cuando se trate de atender actividades y servicios condicionados a contratas mercantiles o administrativas, también existe un margen amplio para la negociación colectiva, pudiendo apuntarse, entre otras, las siguientes cuestiones:

a) El art. 16 ET ha previsto un periodo de inactividad máximo de 3 meses, pero se trata de una regulación supletoria, que puede ser modificada por convenio colectivo de ámbito sectorial. No se precisa el ámbito territorial de dicho convenio colectivo pues se trata de sectores cuya estructura de negociación es dispar, a diferencia de lo que ocurre en el sector de la construcción. Por tanto, dependiendo de la estructura de la negociación colectiva en dicho sector, el convenio será estatal (actualmente, vigilancia y seguridad, transporte en ambulancia de enfermos o accidentados) o autonómico y/o provincial (actualmente, limpieza de edificios y locales, metal, …). La negociación colectiva puede ampliar o reducir dicho plazo, pero lo que no cabrá en ningún caso es su supresión o la fijación de un periodo tan reducido que anule su finalidad, salvo que expresamente recoja la obligatoria suscripción de contratos indefinidos (y no fijos discontinuos).

b) El art. 16.5 ET remite a los convenios colectivos sectoriales la posibilidad de regular otras cuestiones del contrato fijo-discontinuo (en general): la posibilidad de establecer una bolsa sectorial de empleo como espacio para la contratación y el desarrollo de acciones de formación durante los periodos de inactividad; el establecimiento de un periodo mínimo de llamamiento anual; la fijación de una indemnización por extinción del contrato fijo-discontinuo a (siempre que no constituya un despido pues, en tal caso, se aplican las normas legales, que son indisponibles para la negociación colectiva). Puesto que la redacción del precepto no resulta especialmente claro, el convenio colectivo podrá llevar a cabo una labor de integración. También se contempla la posibilidad, *cuando las particularidades del sector así lo justifiquen,* que los convenios sectoriales regulen la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos. y la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo. En ambos casos se trata de una habilitación, sin que quepa inferir de su redacción que se trata de un mandato y, además, en el segundo caso debe concurrir la justificación señalada.

c) También en este ámbito habrá que valorar sobre la continuidad de la subrogación prevista para los supuestos de sucesión de contratas. Como se ha apuntado, en mi opinión, continúan siendo necesarios para asegurar una mayor estabilidad en estas actividades, pero, sin duda, los previstos actualmente deberán ajustarse a la nueva regulación legal.

La negociación colectiva sectorial tiene por delante un largo trabajo; en algunas materias es imprescindible la regulación convencional para la efectividad de la reforma, especialmente en el ámbito de la construcción. Dicho convenio contempla su ultraactividad a partir de la denuncia y hasta la adopción de nuevo acuerdo. El CGSC está ya denunciado (fecha 15-10-2021[35]): posiblemente, y en previsión de que la negociación completa del que venga a sustituirle pueda demorarse sería oportuno la adopción de algún acuerdo parcial sobre las cuestiones que son imprescindibles para el desarrollo de la nueva figura de "indefinido adscrito a obra" previsto en la D.A.3ª LRSC.

[35] https://expinterweb.mites.gob.es/regcon/pub/consultaAcuerdo (Fecha de consulta: 5-2-2022)

8. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: "Nueva reforma laboral 2021 (RDL 32/2021): impacto en contratas y subcontratas y el 'trabajo externalizado" (primeras valoraciones sobre los nuevos artículos 42.6, 84.2 y 15 y 16 ET), en su blog Una mirada crítica a las relaciones laborales, https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primeras-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/

DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Real Decreto-Ley 32/2021: el fin de los contratos temporales que conocíamos: régimen transitorio hasta su definitiva desaparición", *Briefs AEDTSS*, Enero-2022.

GARCÍA MURCIA, J.: "Cómputo de antigüedad y promoción económica y profesional de trabajadores fijos discontinuos", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, núm. 1, 2020.

GARCÍA ORTEGA, J.: "El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de reforma laboral", *Brief AEDTSS*, 2022.

LÓPEZ ANIORTE, Mª. C.: "El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral", *Brief AEDTSS*, 28-1-2022.

VICENTE PALACIO, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo (el trabajador subcedido)*, Barcelona, Atelier, 2016.

La reformulación de los contratos temporales causales: avances, inercias y nuevos peligros

The reformulation of causal temporary contracts: progress, inertia, and new dangers

INMACULADA BALLESTER PASTOR *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Jaume I de Castellón
https://orcid.org/0000-0002-5198-8923

Cita sugerida: BALLESTER PASTOR, I. "La reformulación de los contratos temporales causales: avances, inercias y nuevos peligros". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 2 (2022)*: 101-122.

Resumen

La reformulación de la contratación temporal operada por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre ha traído consigo la corrección de una serie de anomalías que estaban pervirtiendo el uso correcto de los contratos temporales causales provocando avances valiosos. Además de ello, se trazan las nuevas temporalidades permitidas que quedan limitadas a dos: el contrato eventual PCP y el contrato por sustitución de persona trabajadora, eliminándose el contrato para obra y servicio determinado. Pero, además, la reformulación de la causalidad de los temporales va a traer consigo una peligrosa normalidad de la eventualidad operada en virtud de una controvertida causalidad del contrato eventual, dotado de previsibilidad pero que es ocasional porque se usa 3 meses cada año natural. Habrá que estar atentos a que la amplitud de la causalidad operada, unido a la continuación de inercias ya existentes no priven de sentido al control de la temporalidad irregular que la norma pretende atajar.

Palabras clave

contrato temporal; contrato eventual por circunstancias de la producción; contrato de sustitución de persona trabajadora; contrato para trabajadores fijos discontinuos; contrato fijo

Abstract

The reformulation of temporary contracts brought about by RDL 32/2021 of 28 December has led to the correction of a series of anomalies that were distorting the correct use of causal temporary contracts, leading to valuable advances. In addition, the new permitted temporary contracts are limited to two: the temporary PCP contract and the contract for the replacement of a worker, which eliminates the contract for a specific job and service. However, in addition, the reformulation of the causality of temporary contracts will bring with it a dangerous normality of the eventuality operated by virtue of a controversial causality of the temporary contract, endowed with foreseeability but which is occasional because it is used 3 months every calendar year. Care must be taken to ensure that the extent of the causality involved, together with the continuation of existing inertia, does not render meaningless the control of irregular temporality that the regulation aims to tackle.

Keywords

temporary contract; temporary contract due to circumstances of production; contract to replace a worker; contract for discontinuous permanent workers; fixed-term contract

1. NUEVAS TEMPORALIDADES: AVANCES, INERCIAS Y NUEVOS PELIGROS

La redacción del nuevo art. 15º TRET -y preceptos conexos- operada por 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 aborda el acotar y limitar legalmente los mecanismos de entrada en las empresas, avanzando en el objetivo de relacionar la naturaleza de la actividad que se efectúa con la duración de la contratación, restringiendo y reforzando la causa de la contratación temporal permitida por la ley. El esfuerzo ha sido relevante y hay que ponerlo en valor, pero la cuadratura del círculo queda lejos. El RDL 32/2021 cierra varios frentes que han incitado a la contratación irregular pero abre también nuevos flancos polémicos a los que hay que estar atentos a fin de que no volvamos a encontrarnos con un número de contrataciones temporales tan escandalosas como las que hoy tenemos. La Ley sigue dejando, también, parte de la tarea de controlar la masiva contratación eventual en manos de la negociación colectiva cuando, hasta ahora,

Fecha Recepción: 17/2/2022 - Fecha Revisión: 17/2/2022 - Fecha Aceptación: 18/2/2022
Pags. 101-122

estos instrumentos tampoco han acotado ni limitado el funcionamiento anómalo de nuestro mercado de trabajo.

La nueva descripción de las modalidades contractuales temporales y el enfoque de la recién estrenada ley hacia el contrato indefinido y el de trabajadores fijos discontinuos debiera provocar que las empresas contraten mejor, sin ocupar a trabajadores temporales en puestos de trabajo de carácter permanente, a riesgo de que estas contrataciones se conviertan en fijas; para ello, desde la perspectiva de la mera técnica jurídica se ha trazado aparentemente un diseño de la causalidad más estricto -en la línea de asentar o aclarar lo que han venido señalando los Tribunales- y lo primero que se ha hecho ha sido eliminar supuestos que han servido para perpetuar contratos temporales pervirtiendo la naturaleza de la necesidad temporal a la que éstos han de servir, además se corrigen ciertas anomalías normativas perpetuadas que han distorsionado y favorecido la temporalidad y se evita judicializar los conflictos, lo que acababa mermando la defensa del temporal, aunque ello sólo va a tener lugar en los casos más flagrantes.

Pero una norma singular paccionada como ésta obliga, asimismo, a no dejar desatendidos los intereses de ninguna de las contrapartes. Desde una perspectiva sociológica la existencia de un trabajo o la ejecución de una actividad es la premisa inicial de la que parte cualquier relación laboral por cuenta ajena. Cuando se contrata es porque se precisa ayuda y por ello es por lo que las empresas ofrecen un empleo a cambio de una retribución: éste es el germen de la figura actual del contrato de trabajo como vehículo jurídico. Pero la elección de cuál sea esta contratación, cómo deba efectuarse o el tiempo que la misma esté vigente requiere que las empresas calculen y sopesen las expectativas que se tienen respecto al trabajo existente y vaticinen cómo evolucionará éste, de forma que adecuar correctamente dicho trabajo a la plantilla de la que se dispone requiere tener en cuenta circunstancias cambiantes, y a menudo también, imprevisibles.

Por eso, aunque a simple vista pudiera parecer que esta adecuación resultaría sencilla -de hecho las empresas pueden ya delegar esta compleja decisión a los algoritmos- en ello intervienen factores de todo tipo: sociológicos, políticos, medioambientales y/o económicos. Y lo anterior se agrava si exploramos el entorno cambiante y de incertidumbre en el que se mueve el empleo actual, inmerso en una disrupción tecnológica sin precedentes y en donde ya convive la escasez de profesionales especializados con un exceso de personal poco cualificado.

La contratación -temporal o no- es una decisión organizativa más de las empresas que puede y/o debe convivir con otros mecanismos que logren el mismo objetivo: que se consiga la asunción del trabajo existente con la plantilla disponible. El empleo temporal debe ser, igualmente, una figura necesaria en sí misma para la competitividad y la productividad de una empresa y como tal debe estar disponible para ellas. Por el contrario, el empleo permanente es el deseable porque motiva e implica a los trabajadores y permite, también, trazar la singladura de las mercantiles con un bagaje de personal valioso. Por tanto, el instrumento de la contratación temporal ha de estar al alcance de las mercantiles pero, al mismo tiempo, debe ser concebido en la norma y usado en la práctica en las empresas de forma excepcional, lo que implica permitirla en supuestos tasados y acotados y prohibirla en el resto, controlando su efectivo cumplimiento.

El equilibro entre estos dos factores no es fácil: hasta el momento algo había fallado en esta fórmula, posiblemente la norma legal y la reglamentaria no han sido suficientemente tajantes al delimitar las excepcionalidades permitidas y a ello no siempre han contribuido tampoco los convenios colectivos; además el uso y la reiteración de los contratos temporales con diferentes trabajadores que cubren el mismo puesto no se ha prohibido con rotundidad y tampoco se ha controlado y evaluado su desmedido alcance real.

Las nuevas medidas vuelven ahora a desequilibrar la balanza, la naturaleza de la actividad debiera condicionar y limitar la temporalidad y se protege más al trabajador temporal a costa de convertir en fijos a quienes hayan sido contratados incorrectamente y a costa de sancionar más duramente a los empleadores incumplidores. Pero ahora también va a entrar en juego en 2022 un

instrumento -importado desde el sector del comercio- que parece normalizar una temporalidad de corta duración en todas las empresas, una modalidad de contratación que resulta válida si se identifican previamente los períodos de tiempo -en el año natural- en el que se precisa más personal porque existen expectativas de posibles fenómenos de intensificación de la actividad. La nota de la previsibilidad resulta chocante y debiera referirse a la posible expectativa de que ciertas fechas generen una carga de trabajo extra, circunstancias éstas que han de ser identificadas de forma suficiente, y siempre de forma clara.

Este nuevo uso del contrato eventual PCP presumiría que durante tres meses al año las empresas cuentan con períodos de tiempo planificados en los que se prevé -como simple expectativa- que podría aparecer una necesidad ocasional de incrementar la plantilla. Pero el uso que se haga de este contrato eventual PCP "suplementario" -que nunca debió llegar a tres meses, hubiera sido suficiente un mes- debiera estar acotado y su utilización debe relacionarse con el recurso al contrato eventual PCP "ordinario" y debe exigir -como cualquier eventual- que se acuda a comprobar si las circunstancias que la empresa aporta para justificar la ocasionalidad de la contratación -incluso previsiones o meras expectativas de que la contratación ocasional tendrá lugar en fechas concretas- son válidas. Y ello pasa ineludiblemente por conocer los datos del funcionamiento de la plantilla -totales- pues, sin éstos, no se puede controlar si la medida implementada sirve -en realidad- para rebajar la dimensión de la que debiera ser una plantilla permanente, aceptando lo difícil que resulta también fijar este otro parámetro.

Por lo demás, el legislador parece dudar de que las medidas implementadas en 2022 sirvan para rebajar nuestros escandalosos números de temporalidad y se obliga a revisar los datos que manejemos en enero de 2025, pues entonces deberíamos estar muy alejados de la situación de partida -y ojalá que sea así-[1]. Hay avances, sí, pero hay que reconocer que no va a ser fácil superar las viejas inercias y esquivar los nuevos peligros que acechan ahora. Ello, por supuesto, va a exigir un mayor esfuerzo por parte de la Inspección, de los Tribunales y de la negociación colectiva.

2. LOS AVANCES: LA CORRECCIÓN DE CINCO ANOMALÍAS QUE HABÍAN PERVERTIDO E INCITADO A CONTRATAR TEMPORALMENTE

2.1. La desaparición del contrato para obra o servicio determinado y la prohibición de que el contrato temporal sirva y atienda a la cobertura de trabajos permanentes derivados de contratas mercantiles

El primer funcionamiento anómalo que la norma corrige consiste en la supresión del contrato para obra o servicio determinado del previo art. 15.1.a) del TRET. Esta modalidad contractual había tenido una proyección desmesurada sobre la existencia y la duración temporal de contratos de prestación de servicios o de ejecución de obra mercantiles de las empresas empleadoras, de forma que las empresas contratistas usaban el contrato para obra o servicio determinado elaborando una idea de temporalidad que no era real, dado que las circunstancias que provocaban la necesidad de contratar personal no eran ocasionales o imprevistas sino que tales circunstancias eran permanentes e intrínsecas a las empresas que actúan en el marco de las contratas, subcontratas o concesiones

[1] En la nueva DA 24ª en el TRET aparece el compromiso de reducción de la tasa de temporalidad y obliga a revisar los resultados en enero de 2025 y cada dos años. «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.

administrativas, pues ésa es su actividad ordinaria, por lo que ninguna excepcionalidad justificaba el uso de esta figura temporal. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 5028)[2] había concluido ya que cuando la actividad de la empresa consiste en prestar servicios para terceros, los diferentes vínculos mercantiles suscritos por tal empresa con otras no justifican la suscripción de contratos temporales para obra o servicio con sus trabajadores vinculados al nacimiento y la finalización de tales contratas, pero hasta llegar aquí los Tribunales habían facilitado la persistencia de contrataciones temporales ligados a negocios mercantiles característicos de las empresas empleadoras.

Pero la desaparición del contrato de obra no bastaba para eliminar de lleno el uso inapropiado de la contratación temporal para la cobertura de necesidades permanentes en el marco de las contratas y subcontratas puesto que el contrato eventual hubiera podido utilizarse -impropiamente-con ese mismo fin. Por eso, el art. 15.2º TRET *in fine* remata y corrige con rotundidad esta primera anomalía descartando que los trabajos en el marco de contratas o subcontratas puedan justificar el recurso a la contratación eventual por circunstancias de la producción[3]. A su vez, el art. 16º TRET posibilita que el contrato para trabajadores fijos discontinuos sea el que vehiculice el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas, aunque para ello la actividad de subcontratación de la mercantil se haya de producir sin continuidad, pues de lo contrario la contratación válida debiera ser el contrato indefinido[4].

La omisión del contrato para obra o servicio determinado va a provocar, no obstante, otros problemas porque este contrato tenía la singularidad de que los trabajadores contratados a través de esta fórmula debían tener claramente asignada una obra o un servicio independiente y peculiar y estaba más claramente definido el objeto del contrato pues se trataba -al menos en su origen- de un contrato sometido a condición resolutoria; esta delimitación ahora puede no estar tan clara en el contrato eventual PCP. Y la contratación de personal temporal ligada a la ejecución de proyectos de duración temporal financiados debieran tener cabida ahora en el contrato eventual PCP ordinario, tal como se ha autorizado ya en las entidades que integran el sector público[5].

A efectuar más claramente el objeto de la contratación en el contrato eventual PCP ayuda el que la norma ahora sea mucho más rigurosa que era antes delimitando la causa habilitante de la contratación eventual y las circunstancias concretas que deben aparecer, aunque ello no evita, por supuesto, que deba comprobarse que la realidad se ajusta al contenido del contrato suscrito. Hasta ahora, pues, el contrato para obra o servicio determinado exigía precisar con exactitud que los

[2] Recurso de casación de unificación de doctrina nº 240/2018.

[3] El art. 15.2º in fine dice que: No podrá identificarse como causa de este contrato -el contrato eventual por circunstancias de la producción- la realización de trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurran las circunstancias de la producción en los términos anteriores.

[4] El art. 16.1º, en su párrafo segundo, señala que: El contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. Vid, acerca de esta conversión, VICENTE PALACIO, A.: *Obituario contrato para obra o servicio determinado: descanse en paz, viva el contrato fijo discontinuo*, en Publicaciones AEDTSS, Briefs, disponible en https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/OBITUARIO-ARANTCHA.pdf.

[5] De acuerdo con la DA 5ª del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, las entidades que integran el sector público reguladas en el art. 2º del Real Decreto ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, transformación y resiliencia, pueden suscribir contratos temporales siempre que dichos contratos se encuentren asociados a la estricta ejecución del Plan de Recuperación, transformación y resiliencia y sólo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos. Igualmente, también resultan de aplicación los contratos de duración determinada necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión europea. Tales contratos se han de ajustar, además a los términos de lo previsto en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

cometidos realizados fueran los delimitados en la figura contractual; el art. 15.1º TRET actual obliga también a que este mismo cuidado se extienda ahora a la figura del contrato eventual por circunstancias de la producción y a la figura del contrato de interinidad por sustitución de la persona trabajadora. Y aquí radica uno de los peligros que pueden generar inercias pasadas: la causa habilitante de la contratación y las circunstancias concretas deben aparecer, mencionadas y probadas con datos; de otra forma estaremos facilitando y extendiendo más de lo debido la fórmula actual.

Por tanto, tras la eliminación del contrato para obra o servicio determinado -contrato que concentraba casi el 50% de las contrataciones temporales efectuadas- el art. 15º TRET contempla únicamente un contrato eventual como única fórmula de contratación temporal con dos causas habilitantes -el contrato eventual por circunstancias de la producción y el contrato por sustitución de persona trabajadora , o si se quiere, dos modalidades de contratación temporal causales, con dos -o tres- causas habilitantes posibles: las circunstancias de la producción -ordinarias y suplementarias- y la sustitución de otra persona trabajadora.

2.2. La eliminación de la presunción iuris tantum de indefinición del contrato suscrito en fraude de ley y su sustitución por la presunción de indefinición del contrato

El segundo cambio relevante de la norma consiste en la desaparición de la presunción iuris tantum de indefinición del contrato suscrito en fraude de ley sustituyéndola por una presunción clara y rotunda de que el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido, lo que contribuye a exteriorizar la primacía de la contratación indefinida sobre la eventual.

El art. 15.1º TRET confirma la preferencia por el contrato indefinido que ya regulara la Ley de Relaciones Laborales[6] e incide en la excepcionalidad de la contratación temporal[7]; la norma pretende resultar más clara, que no haya duda de que el contrato indefinido ha de acaparar el protagonismo y éste solamente puede ceder para permitir los dos únicos contratos temporales que la norma legal regula[8]: el contrato eventual por circunstancias de la producción y el contrato por sustitución de la persona trabajadora. No obstante, la presunción de indefinición del contrato -a pesar de desaparecer de la ley como tal en el Estatuto de los trabajadores- ya se hacía valer por los tribunales puesto que, de no existir la causa de la contratación, ya se entendía que éste era indefinido[9].

---

[6] La Ley de Relaciones Laborales -en adelante LRL- es la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales. Y, su art. 14º por aquel entonces decía: El contrato se presume concertado por tiempo indefinido.

[7] El art. 15.1º señala que: El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora. Para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista.

[8] El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de la persona trabajadora. Antes del RDL 32/2021, de 28 de diciembre el art. 15º era mucho menos radical admitiendo la "excepcionalidad" de la contratación temporal, lo que no significaba un no reconocimiento de ésta dado que sí se ha reconocido el carácter exhaustivo de las tres figuras contractuales que estaban permitidas. Señalaba el art. 15.1º: El contrato podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada. Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: (…)

[9] Tal como se asevera en la STS de 6 de marzo de 2009, RJ 2009, 1843: Asimismo hemos venido proclamando con reiteración " que la contratación temporal en nuestro sistema es causal, es decir, si la temporalidad no trae su origen de alguna de las modalidades contractuales prevista en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, la relación es indefinida. Para la validez de los contratos temporales no solamente es necesario que concurra la causa que los legitima, sino que ha de explicitarse en el propio contrato y, puesto que la temporalidad no se presume, si no se acredita su concurrencia, opera la presunción a favor de la contratación indefinida, pues así se deduce de lo dispuesto en los artículos 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 9.1 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre. Por esa razón los artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto de referencia exigen que en el texto de los contratos escritos se expresen, con claridad y precisión, todos los datos aplicables que justifican la temporalidad, es decir, deben quedar suficientemente identificados la obra o el servicio, las circunstancias de la producción o el

(...)

Y conexamente a ello, el RDL 32/2021 hace algo más al eliminar el vetusto art. 15.3ºTRET[10] en donde se señalaba que: *Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.* El art. 15.3º -que ya existía en la Ley de Relaciones Laborales- era un precepto pionero[11] pues incorporó a la legislación uno de los mecanismos que la jurisprudencia había venido implementando para la defensa de la causalidad de los contratos temporales -inexistente hasta ese momento en normas de rango legal- utilizando un mecanismo importado desde el art. 6.4º CC. Para evitar que las empresas acudieran a la contratación temporal en aquellos supuestos en los que los trabajos a cubrir no obedecían a una necesidad de naturaleza temporal, los Tribunales interpretaban -equilibrando así la balanza a favor del trabajador- que las empresas que utilizaban contratos temporales sin acreditar una actividad en la empresa que justificara el acudir a esa contratación temporal cometían un *abuso de derecho* o un *fraude de ley*.

Pero, de acuerdo con tal precepto, la conversión del contrato en indefinido exigía una conducta *deliberadamente fraudulenta* y la voluntad de perseguir un resultado prohibido por la norma, cuestión que debía demostrarse en cada caso. Y la carga de la prueba corría a cargo del trabajador, que era a quien le correspondía acreditar la naturaleza temporal de sus servicios. Ello dificultaba -en teoría- la defensa del trabajador, pues éste debía probar esa intencionalidad defraudadora de su empleador, único modo de conseguir que la contratación se considerase indefinida, aunque en tal caso debiera aportar él mismo pruebas en contra de la naturaleza temporal de la contratación y de la existencia de la causalidad de la contratación, lo que significaba un obstáculo más al reconocimiento de la fijeza de su relación de trabajo[12].

No obstante, en la mayor parte de los pronunciamientos judiciales lo habitual no era aplicar la presunción *iuris et de iure* de la indefinición del contrato cuando concurriera deliberadamente el

nombre del trabajador sustituido en el contrato de interinidad, y si bien la omisión de tales datos no es motivo de nulidad del contrato, la presunción de indefinidad de la relación opera con todas sus consecuencias, si no queda desvirtuada con la prueba que en contrario se practique " (FJ4º STS 5-5-2004 (RJ 2004, 4102), R. 4063/03). 3. De igual forma hemos reconocido que " cabe entender que se da vida al fenómeno descrito en el art. 6.4 del Código civil (LEG 1889, 27): el contrato de trabajo se concluyó al amparo de una norma que autoriza la contratación temporal, pero a la postre y atendidas las circunstancias, se eludía otra norma sobre preeminencia o prioridad del contrato concertado por tiempo indefinido, cuya aplicación no podemos impedir " (STS 6-5-2003 (RJ 2003, 5765), R. 2941/02). En la actualidad, la norma que se trata de eludir sigue siendo el art. 15.1 del ET ("El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada"), precepto del que hemos de continuar entendiendo que mantiene la tradicional presunción en favor del contrato por tiempo indefinido porque esa sigue siendo la regla mientras que la duración determinada se contempla como excepción para los supuestos concretos que la propia disposición regula. Sigue siendo válida, pues, nuestra doctrina cuando afirmaba que " como observó y sigue advirtiendo la doctrina más autorizada, el cambio terminológico no elimina la preferencia del contrato indefinido, ya que el de duración determinada sólo es posible en los casos que la norma explicita, la cual ha mantenido parecidas conversiones en tiempo indefinido, si el trabajador no es alta en seguridad social, si se ha cometido fraude de ley o se ha prescindido de la forma escrita legalmente pedida". (FJ 3º.3. STS 6-5-2003, R. 2941/02).

[10] El contenido del previo art. 15.3ºTRET sigue apareciendo en el art. 9.3º del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, BOE de 8 de enero de 1999, precepto en el que se señala que: Artículo 9. Presunciones. 3. Se presumirán por tiempo indefinido los contratos de duración determinada celebrados en fraude de ley. Este artículo queda derogado a la vista de lo señalado en la Disposición derogatoria única del RDL 32/2021, de 28 de diciembre dado que se derogan cuantas normas de igual o inferior rango contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Real Decreto-Ley, pero hubiera sido mejor que el legislador incluyera un listado de los preceptos afectados por el RDL 32/2021. Hará falta, por lo demás, una nueva norma reglamentaria que ayude a dar efectividad a los mandatos contenidos en el art. 15.1º del TRET.

[11] Señalaba entonces este precepto que: También se presumirá existente el contrato por tiempo indefinido cuando se trate de contratos temporales concertados deliberadamente en fraude de ley.

[12] En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 de abril de 1990 RJ 3104/1990, se puede leer, así que: El fraude de ley es algo más que la simple omisión de determinadas formalidades en la configuración de la relación jurídica, envolviendo, en todo caso, una decidida y patente voluntad de eludir el mandato imperativo de la norma legal, obviando la realización de su propio objetivo o finalidad. De ahí que no resulte suficiente a los fines de admitir su concurrencia la mera existencia de defectos en la contratación, si esto, no llega a ser demostrativo de una verdadera voluntad, tendente a burlar el imperativo legal.

fraude de ley, sino que la indefinición aparecía dependiendo de la constancia expresa de la causa de la contratación, acudiendo a la presunción -iuris tantum- contenida en la normativa reglamentaria. Así, si el empleador no concretaba específicamente la causa de la temporalidad, se aplicaba la presunción *iuris tantum* de ese carácter, presunción ésta otra que sí aparecía en el art. 8º del RD 2104/1984, de 21 de noviembre; en el art. 9º del RD 2546/1994, de 29 de diciembre y en el art. 9º del RD 2720/1998, de 18 de diciembre[13]. Lo que ocurría era, pues, que la presunción de indefinición -iuris tantum- permitía su acreditación al empleador cuando la causa quedaba poco explicitada o incluso no existía[14] y no se abogaba por anular la causa temporal de la contratación cuando ésta no constaba realmente[15]. Todo ello ha facilitado la posición de la empresa, a quien siempre se le ha

[13] En el art. 8º del RD 2104/1984, de 21 de noviembre por el que se regulan diversos contratos de duración determinada y el contrato de trabajadores fijos discontinuos se señalaba que: Los contratos de duración determinada se presumirán celebrados por tiempo indefinido, salvo que de la propia naturaleza de la actividad o de los servicios contratados se deduzca la naturaleza temporal de los mismos, en los siguientes casos: a) Cuando no se hubiese observado la exigencia de forma escrita. El art. 9º del RD 2546/1994, de 29 de diciembre, de desarrollo del art. 15º introducía también la presunción iuris tantum cuando no se observase la forma escrita. Establecía este precepto que: Artículo 9. Naturaleza de los contratos. 1. Los contratos de duración determinada se presumirán celebrados por tiempo indefinido, salvo que de la propia naturaleza de la actividad o de los servicios contratados se deduzca la naturaleza temporal de los mismos, en los siguientes casos: a) Cuando no se hubiese observado la exigencia de la forma escrita. b) Cuando los trabajadores no hubiesen sido dados de alta en la seguridad social, siempre que hubiera transcurrido al menos un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba. 2. Igualmente se presumirán por tiempo indefinido los contratos de duración determinada celebrados en fraude de ley. De muy parecido tenor es el actual art. 9º del RD 2720/1998, de 18 de diciembre de 1998: Artículo 9. Presunciones. 1. Se presumirán celebrados por tiempo indefinido los contratos de duración determinada cuando no se hubiesen observado las exigencias de formalización escrita, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal. En el supuesto de contratos a tiempo parcial, la falta de forma escrita determinará asimismo que el contrato se presuma celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter a tiempo parcial de los servicios. 2. Adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos. 3. Se presumirán por tiempo indefinido los contratos de duración determinada celebrados en fraude de ley.

[14] *Vid.*, así, la STS (Social) de 14 de marzo de 1997 (RJ 2467/1997), donde se señala que la falta de forma escrita del contrato no transforma por sí solo el contrato temporal en indefinido, siempre que exista prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal del mismo -art. 8º RD 2104/1984-.

[15] Un ejemplo claro en el que se admite que la empresa acredite después la existencia de la acumulación de tareas por los Tribunales es la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 6 de septiembre de 2016, JUR 2016, 267604, donde se establece que: (…) Como indica la STS de 26 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3680), Recurso: 1415/2012 : "En relación al contrato eventual utilizado en este caso, tanto el art. 15.1b) E.T ., como su norma de desarrollo - art. 3.2 del R.D. 2720/1998 - establecen los requisitos formales, propios de una modalidad contractual como ésta que es estrictamente causal. En concreto se exige que se exprese con precisión y claridad la causa o circunstancias que justifiquen la contratación; lo cual está vinculado a la vigencia del contrato ya que la duración de este se mide en atención al momento en que la causa se produce y tiene establecido, en todo caso, una vida máxima. La falta de concreción no impide que se analice la efectiva realidad de la causa, al admitirse prueba en contrario que demuestre que el contrato obedecía a la concurrencia de esta pese a su defectuosa plasmación formal." En el presente caso, conforme se desprende el relato de hechos probados de la sentencia del juzgado, el demandante fue contratado por la demandada dedicada a la fabricación de maquinaria, con la categoría profesional de comercial en virtud de contrato temporal, eventual para "atender las exigencias, circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, consistentes en la acumulación de tareas de atención al público derivadas del aumento de mercados y el incremento de clientes mediante acción comercial con el exterior", con duración prevista desde el 11/06/2012 al 10/06/2013, estableciéndose en el contrato que estaba acogido al Plan de Iniciación de la Promoción Exterior (PIPE) de la Cámara de Comercio . El Plan PIPE consiste en una política desarrollada por las Cámaras de Comercio, dentro del Plan Cameral de las Exportaciones, dirigida a las Pymes españolas con dificultades en el campo de la internacionalización o sin personal especializado para ello, pero con un producto que podría ser potencialmente exportable. El plan prevé la contratación, como colaboradores PIPE, de jóvenes con formación sobre el plan de internacionalización y actividades de promoción de este. El plan PIPE tenía una duración de dos años, con tres fases diferenciadas (autodiagnóstico durante 2 meses; diseño del proceso de internacionalización y prospección de mercados, 6 a 8; meses, y puesta en marcha del plan durante los 14 a 16 meses posteriores). Las empresas contarían con un apoyo económico del 80% del gasto realizado. El actor tiene

(...)

dado la oportunidad de poder probar -posteriormente- que la causa de la contratación existía para evitar la aplicación de indefinición del contrato. Y ello, a la postre, dificultaba la defensa del trabajador, dado que esta omisión -como tal- no provocaba directamente la conversión de un contrato temporal irregular -sin causa- en un contrato indefinido. En cualquier caso, se diría que ello no tiene demasiada relevancia dado que, al fin y a la postre, al reclamarse judicialmente, cuando la causa de la contratación no aparece o no consta bien especificada, la consecuencia ha sido la misma, es decir, la declaración de improcedencia del despido que no la nulidad de la cláusula, y ello se ha saldado con el abono de una -exigua- indemnización calculada en atención al tiempo trabajado -que siempre es escaso- ex. Art. 56 TRET[16].

Por lo demás, para incidir en la mayor coercitividad de los nuevos preceptos, el art. 5º Dos del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, también redacta de nuevo el apartado 2º del art. 7º de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto para incrementar la sanción que se aplica a quien infringe la norma aplicando la sanción individualmente por cada persona trabajadora implicada en la contratación temporal irregular. No obstante, el comportamiento empresarial sí exige en este precepto la concurrencia del fraude de ley, lo que obliga a entender que -para que se sancione en los términos del precepto- sí debe aparecer una conducta maliciosa o deliberadamente fraudulenta en la parte empleadora, que debiera probarse por la Inspección de Trabajo[17].

introducido en infojobs su perfil en el que dice que es apasionado de la publicidad, el mercadeo y las redes sociales. Grado cum laude en Publicidad, español/ ingles con + 15 años de experiencia en publicidad y ventas. Como últimas experiencias profesionales indicaba "Ventas internacionales" en Proceso Automecanizados, referenciado como actividad, desde mayo de 2.012 en adelante, con última actualización en diciembre de 2.012, la prospección y análisis y de nuevos mercados, captación y fidelización de nuevos clientes y desarrollo de acciones de marketing para promoción de productos ofrecidos por la empresa. El plan de trabajo del actor como colaborador PIPE, era ocuparse de las ventas internacionales, con seguimiento diario y fijación de objetivos, desarrollando solo esta actividad para la demandada, que estaba expresamente declarada como beneficiaria del programa PIPE desde octubre de 2.011, y por cuyo motivo percibía financiación. La demandada había contratado al promotor PIPE en 2.012, siendo sus funciones el asesoramiento. El actor, en el desempeño de su trabajo, realizaba llamadas internacionales, cumplimentando las hojas de control de las operaciones comerciales en que trabajaba. Con anterioridad al actor no hubo ningún colaborador PIPE en la empresa demandada y tampoco fue contratado otro con posterioridad. Don. Luis Miguel también realizaba gestiones comerciales, siendo diferentes del actor porque solo este se ocupaba de las llamadas internacionales. El trabajo del actor no produjo ninguna contratación. De los datos expuestos se evidencia que en el contrato de trabajo de duración determinada suscrito por el actor se expresó con suficiente precisión y claridad la causa que justificaba la temporalidad de dicha contratación que era promocionar las ventas internacionales de la empresa demandada, habiéndose ocupado el actor de dicha tarea durante su relación laboral, la cual sin duda suponía un aumento del trabajo cuyo desempeño exigía además una especial cualificación a la que se adecuaba el perfil profesional del demandante, justificando su contratación temporal, de ahí que no se aprecie fraude de ley en la misma, lo que lleva a concluir que el cese del demandante por finalización del contrato obedece a la causa prevista en el apartado c del apartado 1 del artículo 49 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , tal y como ha apreciado la sentencia de instancia, lo que conlleva la desestimación de la acción de despido ejercitada y la confirmación de la resolución recurrida en cuanto a dicho pronunciamiento al no haber incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas.

[16] Si no se asimilara en nuestro país la extinción temporal del contrato temporal fraudulento a un despido improcedente y se introdujera una sanción más eficaz, como la nulidad del contrato de trabajo y la obligada readmisión del trabajador, tal como ocurre en Italia se habría avanzado mucho más. *Vid*., respecto a las medidas que se proponían en 2011 para mejorar el control de la contratación temporal irregular en España, CAIROLI, S.: "La anomalía española en la contratación temporal: un análisis desde una perspectiva italiana", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 18, 2011.

[17] Señala, así, este precepto que: 2. La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva. A estos efectos se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas.».

2.3. La obligatoria mención en el contrato eventual de la causa habilitante de la contratación temporal, sus circunstancias concretas y su conexión con la duración prevista

El tercer cambio -relacionado íntimamente con el anterior- pasa por avanzar algo más y exigir legalmente la especificación clara en el contrato de la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista -art. 15.1. in fine-[18]. A continuación, los párrafos 2º y 3º del art. 15º TRET explicitan más extensamente cuándo aparecen las causas que permiten contratar eventuales: cuándo concurren las circunstancias de la producción y cuándo aparece la posibilidad de contratar a través de un contrato por sustitución, los dos únicos motivos autorizados para contratar temporalmente.

Lo relevante es que, ahora, de acuerdo con el actual 15.1º TRET, es la mercantil quien ha de acreditar la causa habilitante y las circunstancias exactas que justifican el uso del contrato eventual y esta mención es clave. Por tanto, no hace falta acreditar la conducta deliberadamente fraudulenta de la empresa para que el contrato se convierta en indefinido y ha desaparecido la presunción *iuris tantum* de presunción de indefinición del contrato si éste no es formalizado o cuando no es escriturado, pues ahora no sólo el contrato se presume indefinido, sin más, sino que, además, es la mercantil la que tiene la necesidad que mostrar -desde su inicio- que el contrato se concierta temporalmente y por eso condición *sine quan non* cualquier contrato eventual válido es que la causa habilitante y las circunstancias concretas aparezcan. Ello significa que, en consecuencia, el contrato temporal exige formalizarse siempre por escrito y deben constar todos los datos desde los que puede indagarse la realidad de las circunstancias alegadas a la vista de los hechos.

Pero, además, la causalidad debe expresarse siempre y ello exige conectar la circunstancia que se alega con la extensión temporal prevista del contrato. Esta sumisión de la causa de la contratación a su duración es más clara ahora de lo que parecía antes en el caso del contrato eventual por circunstancias de la producción, lo que puede hacer dudar acerca de si este contrato -en el art. 15.2º- sigue siendo un contrato a término puro, y se presume válido siempre que se adecúe a los parámetros temporales máximos fijados por la Ley, o bien debiera extinguirse una vez ha finalizado la causa que posibilitó su suscripción. En mi opinión, aunque la causa habilitante desaparezca, no debiera extinguirse el contrato *ante tempus*. En cambio, todo lo contrario ocurre en el caso del contrato por sustitución de la persona trabajadora.

Asimismo, resulta esencial no guiarnos por inercias: debemos llegar hasta el final de la comprensión del precepto, lo que implica atender a la realidad de lo que sucede mientras dura la contratación. Ello implica, por ejemplo, el deber de ocupar a una persona trabajadora en funciones que correspondan a las asignadas en la causa de la contratación que haya sido alegada pues lo contrario significaría que el contrato eventual suscrito no es válido[19].

2.4. El otorgamiento de la condición de fijo al temporal ante un incumplimiento de la norma

La cuarta transformación de envergadura de la ley consiste en que la ley incluye la afirmación de que, ahora, el incumplimiento de la ley acarrea el reconocimiento de la condición de fijo del temporal y el mismo trabajador puede solicitar certificación de tal condición.

[18] La exigencia de que deba formalizarse en el contrato la causa de la contratación temporal y su duración ya aparecía constaba en el art. 3.2º del RD 2720/1998, de 18 de diciembre. No obstante, en este precepto reglamentario -que hoy hay que entender derogado- se obligaba únicamente a que en el contrato eventual se identificara con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justificara y a determinar la duración de este. A diferencia de ello, ahora se ajusta mucho más y aparece la vinculación directa clara entre la causa que justifica la contratación y la duración de la contratación.

[19] Un ejemplo de este control se efectúa en la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Valladolid, Sentencia nº 341/2019, de 30 de septiembre de 2019, AS 2020, 943.

Ello se deduce de la nueva redacción de los arts. 15.4º y 15.9º del TRET, aunque ninguno de estos dos preceptos es totalmente nuevo. Así, del art. 15.4º sólo resulta novedosa al 100% la primera afirmación que se contiene en el art. 15.4º: *Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas.*

El resto del art. 15.4º no es nuevo ya que reproduce parcialmente lo que señalaba el art. 15.2º anterior y atribuye la condición de fijo a los temporales que no hubiesen sido dados de alta en la seguridad social una vez transcurrido el plazo igual al fijado para el período de prueba[20]; la única diferencia es que se elimina aquí el que el trabajador, a pesar de no haber sido dado de alta en la seguridad social durante el período de prueba, pudiera seguir siendo temporal si de la naturaleza de los servicios o las actividades realizadas se deduce la naturaleza temporal de los servicios. Esta alteración pretende dar más rotundidad a la conversión del trabajador en fijo si aparece esta irregularidad, una irregularidad que queda relacionada con el cumplimiento de una obligación del empleador en materia de seguridad social. No obstante, aparece aquí una sanción de fijeza ligada a un incumplimiento que poco tendría que ver con otros mucho más trascendentes y tampoco se comprende el que se condicione la aplicación de esta fijeza a que transcurra el período de prueba. A todas luces, este párrafo ha perdido su razón de ser y ya hace años que ha demostrado ser un precepto inútil, pues su ausencia -por sí misma- pocas veces provoca este efecto de fijeza si no concurren otros elementos más significativos[21].

Por lo demás, el art. 15.4º del TRET parece muy rotundo pero si lo analizamos más profundamente no lo es tanto. La ley simula una mayor amenaza adelantando las consecuencias de cualquier incumplimiento del precepto pero el control judicial del tenor literal de las normas ya venía provocando este mismo efecto sobre la indefinición del contrato y -excepto lo que se verá en el art. 15.9º TRET- la Ley sólo parece blindar más ahora al trabajador.

Lo complicado viene, así, a continuación, ya que la adquisición de la condición de fijo se adquiere si se incumple lo previsto en el art. 15º y, de acuerdo con el art. 15.1º, para que se entienda que concurra causa justificada de temporalidad es necesario que se especifique en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. Por eso, ¿deberíamos entender que si falta en el contrato la expresión de estos extremos se incumple automáticamente el precepto y el trabajador es fijo? A mi entender eso es lo que se pretende en la Ley, y es lo que hay que reforzar, el cumplimiento *ab initio* de estos extremos, evitando la sobre judicialización posterior -en el momento del fin del vínculo- que tan perniciosa ha resultado. Y en este momento -en el del registro del contrato- es cuando debería dársele entrada al SEPE y a la Inspección de Trabajo. Pero este control reforzado *ab initio* es muy complejo de realizar en el contrato eventual por circunstancias de la producción, aunque resultará más fácil en el contrato de interinidad por sustitución de la persona trabajadora. Y ello porque la descripción de la causa habilitante en el caso del contrato eventual PCP -en adelante por circunstancias de la producción- es mucho más etérea y abstracta y no siempre podría acreditarse su existencia en este momento.

Conexamente a ello, es preciso pulir este art. 15º TRET y van a ser precisas nuevas normas reglamentarias que lo desarrollen y que sustituyan el actual RD 2720/1998, de 18 de enero. Imprescindible es que se incorpore -mejor en el precepto legal- la necesidad de formalización

[20] El anterior art. 15.2º señalaba que: Adquirirán la condición de fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubiesen sido dado de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiese podido fijar para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho.

[21] *Vid*., concluyendo acerca de la inutilidad del precepto previo, CARDENAL CARRO, M.: "Adquisición de la condición de fijo por no haber sido dado de alta en la Seguridad Social: el anacronismo del art. 15.2º ET. Comentario a la STSJ Castilla- La Mancha de 5 de mayo de 1998", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. Paraf. III 48, BIB 1998/714.

expresa del contrato eventual, cualquiera que sea su duración. El art. 16º TRET referido a los trabajadores fijos discontinuos sí exige esa formalización por escrito, lo que debiera aparecer también en el art. 15.1º. Además, el art. 8.2º del TRET[22] sigue obligando a formalizar el contrato eventual sólo cuando su duración sea superior a las cuatro semanas, y ello es incompatible con el dictado actual del art. 15.1º TRET.

Por lo demás, el art. 15.9º TRET ayuda a asignar esa fijeza al eventual ya que, en los supuestos previstos en los apartados 4 y 5 del art. 15º, este artículo exige que la empresa facilite 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 en la empresa, debiendo informar también a la representación legal de los trabajadores sobre dicha circunstancia. Los plazos que aparecen en estos preceptos son: el plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el período de prueba -momento desde el cual el trabajador adquiere la condición de fijo-; y el plazo de 18 meses en un lapso temporal de 24 meses, período éste que, también, permite adquirir la condición de trabajador fijo si el trabajador ha sido contratado a través de diferentes modalidades contractuales sucesivas o si un mismo puesto de trabajo ha sido ocupado este tiempo por diferentes personas.

En estos casos es, pues, la empresa quien debe facilitar este documento justificativo de la condición de fijo al trabajador afectado, debiendo informar la empresa igualmente a la representación de los trabajadores de tal circunstancia. Al mismo tiempo, la persona trabajadora también puede solicitar al SEPE un certificado de los contratos temporales celebrados, a los efectos de acreditar su condición de fija, y, ésta es la gran novedad, el SEPE debe emitir este documento y después ponerlo en conocimiento de la empresa y también el SEPE ha de poner estos hechos en conocimiento de la Inspección de Trabajo, si advirtiera que se han sobrepasado los límites máximos temporales establecidos.

El control de validez del contrato a nivel administrativo sí aparece, aunque sólo en estos casos y cuando ocurre que transcurren los plazos máximos ahí indicados. Y especialmente relevante es este control -y la posible sanción que puede conllevar también- cuando se utiliza la contratación sucesiva para ocupar un mismo puesto de trabajo por diferentes trabajadores que son contratados en el mismo puesto. Esta previsión va a evitar un número muy relevante de abusos que se producían y que eran fáciles de efectuar dado que esta situación era muy difícil de apreciar y probar por parte de los trabajadores afectados. Ahora estos casos son detectados en este momento y no hace falta acudir a la vía judicial para el reconocimiento de la condición de la fijeza del trabajador. Cierto es que nada evitaría, que la empresa pague al trabajador la indemnización por despido improcedente para evitar continuar con la contratación, pero la mercantil no escaparía de la sanción económica a la que quedará abocada, sanción que puede ser de muy elevada cuantía si quedan afectados por este

[22] Este párrafo ha sido alterado en su redacción por el RDL 234/2020, de 26 de junio, pero el RDL 32/2021 debiera haberlo vuelto a modificar para adecuarlo al nuevo art. 15º TRET. Señala hoy el art.- 8.2º que : 2. Deberán constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal y, en todo caso, los de prácticas y para la formación y el aprendizaje, los contratos a tiempo parcial, fijos-discontinuos y de relevo y los contratos para la realización de una obra o servicio determinado; también constarán por escrito los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas.
Deberán constar igualmente por escrito los contratos de trabajo de los pescadores, de los trabajadores que trabajen a distancia y de los trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero. 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. Cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral.».

incumplimiento varios trabajadores[23]; además, si la contratación es de muy corta duración está también especialmente gravada en las cuotas sociales[24].

Finalmente, tal cual prevé el art. 15.9º TRET, la empresa debe facilitar por escrito a la persona trabajadora, en los 10 días siguientes al cumplimiento de estos plazos -es decir, tras los 18 meses en un marco temporal de referencia de 24 meses- un documento sobre la adquisición de la nueva condición de persona trabajadora fija de la empresa, debiendo informar también a la representación legal de los trabajadores sobre tal circunstancia, certificación que también puede solicitarse al SEPE[25].

2.5. La mejora de la concesión de la condición de fijo al eventual por el uso sucesivo de contratos temporales y la esperada inclusión de la concesión de la fijeza por la cobertura del mismo puesto por distintos trabajadores

Por último, la quinta modificación significativa afecta a la mayor facilidad que van a tener los temporales para adquirir la condición de fijos en el caso de que sean contratados sucesivamente a través de diferentes contratos de duración determinada de acuerdo con la nueva redacción del art. 15.5º TRET.

Lo primero, porque se reduce el plazo de tiempo que hace falta para entender que las personas trabajadoras adquieren la condición de personas trabajadoras fijas, cuando hubieran sido contratadas, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos eventuales PCP, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal. Y ello porque ahora se requiere que estas contrataciones persistan -de forma continua o discontinua- durante 18 meses en un período de 24 mensualidades, cuando antes la sucesión en la contratación debía prolongarse durante 24 meses en un marco temporal de 30 meses[26]. Ello hará que sea más sencillo adquirir la condición de fijo puesto que la sucesión de contratos durante un año y medio ya lo permite[27], pero la atribución de fijeza puede venir determinada por otros datos que conduzcan a la misma conclusión, sin acudir al transcurso de este parámetro temporal.

Además, en segundo lugar, el actual art. 15.5º TRET avanza mucho más en el control de la temporalidad irregular cuando concede directamente la condición de persona trabajadora fija a quien ocupe un puesto de trabajo que haya estado atendido, con o sin solución de continuidad, durante más de 18 meses en un período de 24 meses mediante contratos eventuales PCP, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con las empresas de trabajo temporal. Es decir, a diferencia de lo que ocurría antes, cuando la adquisición del carácter de fijo del trabajador venía condicionada por la permanencia continuada del mismo trabajador en un puesto de trabajo -el mismo u otro-, ahora lo que se analiza es un determinado puesto de trabajo y que se cubra por diferentes trabajadores, otorgando la condición de trabajador fijo al último que haya estado en ese puesto al llegar los 18 meses. Se impone un control estricto sobre la cobertura de un mismo puesto sucesivamente por diferentes contratos temporales, aunque hay que reconocer que el transcurso de

[23] *Vid*. Art. 7.2º y art. 7.14º y art. 40.1.letra c bis) de la LISOS redactado por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre.

[24] La cotización adicional en contratos de duración determinada de duración inferior a 30 días se regula en el art. 151 TRLGSS.

[25] Cuando así suceda el Servicio Público de Empleo Estatal debe emitir dicho documento y ponerlo en conocimiento de la empresa y de la Inspección de Trabajo si se advirtiera que se han sobrepasado los límites máximos temporales establecidos.

[26] El anterior art. 15.5º TRET otorgaba la fijeza cuando se sucedían contratos eventuales y contratos para obra o servicio determinado durante 24 meses en un marco temporal de 30 meses.

[27] Esta previsión que el legislador introdujo para facilitar el cese de la contratación sucesiva fraudulenta curiosamente se suspendió en su aplicación desde 2011 a 2013 en virtud de lo señalado en el RDL 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

este plazo no es fácilmente identificable por los trabajadores afectados, lo que exigiría establecer mecanismos que sirvieran para ello.

Hasta ahora, los propios convenios colectivos ya podían establecer requisitos para prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente por otros temporales -llamamiento que aparecía en el anterior art. 15.5º[28]- pero el mismo no había dado el resultado esperado ya que realmente eran muy pocos los convenios que incluían cláusulas de este tipo, motivo por el que el legislador ha debido intervenir[29].

Por lo demás, esta misma intervención sí suele efectuarse en la negociación colectiva para establecer, por ejemplo, un porcentaje máximo de la plantilla que pudiera ocuparse por personal temporal[30], algo que sí serviría para evitar plantillas sobredimensionadas con personal eventual, siempre y cuando el porcentaje que se regulara convencionalmente no fuera excesivo, ya que, de lo contrario, la norma convencional lo que hace es pervertir la finalidad de la norma. En todo caso, el contenido de la norma convencional siempre queda sometido a control judicial posterior a pesar de que estos porcentajes pueden haber sido cumplidos[31]. Por último, los convenios colectivos, en el art. 15.8º actual, pueden, por lo demás, como novedad, fijar también las consecuencias derivadas del incumplimiento de los estos límites para evitar los abusos de la contratación temporal marcados en la norma convencional, una previsión que resulta interesante y veremos si se traslada efectivamente a las normas convencionales.

3. LAS NUEVAS TEMPORALIDADES: LA CONTROVERTIDA CAUSALIDAD DE LOS CONTRATOS TEMPORALES

La Ley de Relaciones Laborales fue la primera norma legal donde se reconoció que la duración indefinida del contrato de trabajo debía ser la regla general y que, tan sólo en los supuestos detallados, el contrato debía tener una duración determinada (Exposición de Motivos). El tenor literal del art. 14 de la Ley de Relaciones Laborales era muy similar -sino igual- al actual: *El contrato se presume concertado por tiempo indefinido, sin más excepciones que las indicadas en el artículo siguiente*[32].

---

[28] Se señalaba aquí que: Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

[29] Algunos ejemplos -muy excepcionales- de convenios que sí incluían estas cláusulas son mencionados por CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Contratación temporal sucesiva: problemas interpretativos", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6, 2008.

[30] En el art. 15.1.b) y en el art. 15.7º se hacía otro llamamiento a este control que se debiera realizar por la negociación colectiva, llamamiento que hoy se reproduce -más ordenadamente- en el art. 15.8º. Antes se señalaba: Por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa. Hoy, se establece, en el art. 15.8º: Los convenios colectivos podrán establecer planes de reducción de la temporalidad, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa, criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, así como fijar porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos.

[31] Porcentajes adecuados de temporalidad en la plantilla adecuados podrían ser los que imponen un 7% o un 15% de temporalidad y mucho más cuestionables son las normas convencionales que permiten que la temporalidad ascienda hasta un 40% de la plantilla total. *Vid*., un estudio sobre estas cláusulas en: MUÑOZ RUIZ, A.: "Los compromisos de empleo estable en la negociación colectiva de empresa: garantías anti-ere y reducción progresiva de la temporalidad", *Revista Información Laboral*, núm. 5, 2014.

[32] El art. 15º de la LRL señalaba que: Podrán suscribirse contratos de duración determinada … b) Cuando se trate de trabajos eventuales, considerando como tales los que no tengan carácter normal y permanente en la empresa, fijándose la duración máxima en las Ordenanzas laborales.

Paradójicamente, como se ocupó de reconocer la doctrina científica de aquellos años, aunque la Ley de Relaciones Laborales corregía la regulación previa e instauraba la preferencia por los contratos indefinidos, en años de plena crisis de empleo el legislador -abrumado por desempleo masivo- prefirió fomentar la contratación -incluso temporal- antes que dificultarla, por lo que -a pesar de declararse a favor del principio de estabilidad en el empleo- sólo unos meses después el Real Decreto 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas, introdujo "excepciones" demasiado relevantes, provocando el surgimiento de contratos temporales legales "libres" o "acausales", contratos que, con el paso del tiempo se diferenciaron de los "estructurales" denominándolos contratos temporales de fomento de empleo.

El principio de causalidad, no obstante, estuviera mejor o peor plasmado en las normas posteriores[33], siempre ha estado presente en la finalidad de la norma, cuando se han descrito las modalidades contractuales causales permitidas por el ordenamiento. Teniendo esto en cuenta, por vez primera el art. 15º TRET se detiene mucho más en la descripción de la "causa habilitante" tanto del contrato eventual PCP -por circunstancias de la producción- como del contrato eventual PS -por sustitución de persona trabajadora-. Gran parte de estos cambios han sido auspiciados por años de doctrina judicial, y ayudan a la comprensión de la finalidad de la norma, pero la norma crea nuevas temporalidades por lo que hay que estar atentos a que esta regulación no acabe perjudicando a los avances que se han efectuado.

3.1. La causa habilitante del contrato eventual PCP ordinario: un incremento del trabajo ocasional e imprevisible u oscilaciones del trabajo normal inasumibles por la plantilla que persistan hasta 6 meses

Desde la Ley de Relaciones Laborales la legislación ha posibilitado la suscripción del que hoy conocemos como el contrato eventual por circunstancias de la producción. Así, en el art. 15º de la Ley de Relaciones Laborales la causa del contrato eventual se describía en términos muy amplios y ni siquiera se limitaba su duración máxima, de modo que la extensión del contrato se delimitaba, por aquellos años, en las Ordenanzas laborales[34]. El art. 15.1.b) del ET en su primera redacción del año 1980, en cambio, ya introdujo una descripción más detallada de la causa habilitante de la temporalidad del eventual. Según se establecía entonces, podían celebrarse contratos de duración determinada cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas, exceso de pedidos o razones de temporada así lo exigieran, aún tratándose de la actividad normal de la empresa[35]. La redacción de este párrafo sufrió muy pocas alteraciones después[36] de forma que, eliminando las razones de temporada, el precepto ha quedado casi igual hasta 2021[37]. Por eso, estos años han servido para que los Tribunales fueran puliendo el concepto legal, matizando cuándo concurre la causa de la eventualidad a la que la norma alude.

El actual art. 15.2º TRET ya define mucho más detalladamente lo que debe entenderse por circunstancias de la producción, es decir, la causa habilitante que habría de alegarse. Según este precepto son circunstancias de la producción el *incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones que, aún tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste*

[33] El art. 15.1º del ET en su redacción del año 1980 decía: *El contrato se presume concertado por tiempo indefinido. No obstante, podrán celebrarse contratos de trabajo de duración determinada: (...).*

[34] Señalaba el art. 15.1.b) de la LRL que: Podrán suscribirse contratos de duración determinada (…) b) Cuando se trate de trabajos eventuales, considerándose como tales los que no tengan carácter normal y permanente en la empresa, fijándose la duración máxima en las Ordenanzas laborales.

[35] En tal caso el contrato tenía una duración máxima de seis meses, dentro del período de doce meses y debía expresarse la causa de su duración.

[36] En el año 1984 se suprimió -con buen criterio- la referencia a las razones de temporada de la relación de las posibles causas de eventualidad para diferenciar esta modalidad contractual respecto al contrato para trabajadores fijos discontinuos, el resto del precepto ha quedado igual.

[37] El contrato eventual podía suscribirse cuando las circunstancias del mercado, la acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aún tratándose de la actividad normal de la empresa.

temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no responda a los supuestos incluidos en el art. 16.1º TRET.

Este precepto recoge -sin sorprender- lo que los Tribunales ya venían reconociendo: que el contrato eventual PCP tiene su origen en un incremento de tareas, al que no puede hacerse frente con la plantilla ordinaria, una vez aparecen circunstancias que generan un desajuste temporal entre la plantilla disponible y la requerida[38]. Además, a este incremento de la actividad normal de la empresa -lo que significa que las tareas aumentan cuantitativamente pero también pueden hacerlo cualitativamente ya que lo relevante es el nivel de actividad y no el tipo de actividad[39]- se le califica ahora como "ocasional" lo que tampoco es nuevo ya que tiene que ver con el carácter coyuntural de la circunstancia, y es lo que posibilita contratar temporalmente, para evitar recurrir a personal que posteriormente ya no sea preciso. Se trata de que sea necesario un refuerzo ocasional, momentáneo o secuencial. Por lo demás, lo que antes eran la acumulación de tareas o el exceso de pedidos no eran más que ejemplos de posibles circunstancias del mercado, por lo que nada cambia en el precepto su eliminación.

No obstante, si ha habido una cuestión recurrente en los conflictos judiciales durante estos años ha sido la ardua tarea de la distinción entre el contrato eventual y el contrato de trabajadores fijos discontinuos: muchos contratos eventuales y contratos para obra o servicio determinado se han utilizado para eludir la contratación de trabajadores fijos discontinuos, aprovechando que esta figura sería lícita para ocupar temporales en empresas que, en ciertas épocas del año, tienen picos de trabajo o picos de producción. Para distinguir mejor ambas figuras el actual art. 15º alude a que las circunstancias de la producción han de ser "imprevisibles" y, además, a lo anterior se añade que se excluye la posibilidad del uso del contrato eventual en los supuestos regulados en el actual art. 16º TRET. Así, el contrato eventual PCP no puede usarse para la realización de trabajos de carácter 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 períodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.

Esta descripción del objeto del contrato por tiempo indefinido fijo discontinuo es, hoy, muy completa y recoge la abundante doctrina judicial que, a este respecto, han ido construyendo los Tribunales. Lo esencial es, pues, que se precise contar con personal cada cierto tiempo, de forma permanente, por lo que la reiteración, año tras año, de la contratación eventual, en fechas ciertas o inciertas, presupone que la contratación válida ha de ser la contratación fija discontinua, y no la eventual. Pero sí cabría contratar eventuales coincidiendo con una determinada campaña o en determinadas fechas del año.

[38] La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 21 de abril de 2004 (RJ 2004, 4360) señalaba que: El artículo 15 (…) regula en su número 1, apartado b) el denominado contrato eventual, motivado por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aún tratándose de la actividad normal de la empresa; tal definición pone de manifiesto que la temporalidad de este tipo de contratación es causal y contingente, pues en el proceso productivo o en la prestación de servicios se produce de manera transitoria un desajuste entre los trabajadores vinculados a la empresa y la actividad que deben desarrollar, permitiendo la Ley la posibilidad de acudir a la contratación temporal para superar esa necesidad de una mayor actividad, sin incrementar la plantilla más de lo preciso, evitando el inconveniente de una posterior reducción de la misma si, superada la situación legalmente prevista, se produjera un excedente de mano de obra. De ahí que si esa actividad normal de la empresa persiste y se transforma en permanente, el tipo de contratación permitido ya no será el temporal, sino el contrato por tiempo indefinido. Este es el sentido de la norma para el Tribunal Supremo, que en sentencia de 21 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9821) declaró que el criterio decisivo en esa modalidad contractual es el carácter temporal, coyuntural u ocasional del trabajo, como circunstancia que exige a la empresa un incremento de mano de obra con ese mismo carácter eventual.

[39] Así lo venía a decir la STS (Sala de lo Social) de 16 de mayo de 1994 (RJ 4208), donde se aclaraba que no era preciso que la actividad desarrollada por el empleado eventual fuera extraordinaria o anómala dentro de las que realizaba la empresa, pues estas normas admitían perfectamente esta clase de contratación aún tratándose de la actividad normal de la empresa.

A pesar de ello, asignar el número de empleados exactos en cada campaña puede no ser tarea fácil y la adecuación de una plantilla de fijos discontinuos estable y de magnitud suficiente para solventar las tareas consideradas normales y permanentes puede no tener números absolutos, de forma que si bien la campaña por sí misma no posibilita la contratación de temporales sí sería posible que campañas extraordinarias justificaran la necesidad de contar con personal eventual. La estimación de estos aspectos es sumamente compleja y no se puede dar una solución homogénea a todos los conflictos por lo que el análisis de la figura contractual válida en cada caso debe efectuarse a la vista de la totalidad de la plantilla empleada, analizando todos los elementos que intervengan en la decisión empresarial. No basta, por tanto, la aportación de datos incompletos para justificar este contrato que es, por sí mismo, y también durante las campañas, excepcional.

Además y en cualquier caso, el fijo discontinuo nace y no se hace -y no puede atribuirse ese carácter automáticamente por mor de lo dispuesto en el convenio colectivo, diga lo que diga éste[40]; y por supuesto, una vez operada la reiteración de la contratación temporal aparece el indicio del fraude y el fijo discontinuo que nunca lo fue, posteriormente tiene posibilidad de ser reconocido como tal[41] gracias al control judicial y gracias a que el plazo de caducidad para el reconocimiento de esta condición computa desde el momento en que el fijo discontinuo debió ser llamado y no desde que finaliza el último de los contratos temporales suscritos[42]. Por tanto, la norma ahora es más clara pero, además, todo dependerá -como se adelantaba previamente- de que, en cada caso quede probado, atendiendo a una visión de conjunto de la empresa, que los trabajos permanentes se atienden con fijos discontinuos y es posible contratar, junto al personal fijo discontinuo, al personal eventual, si éste obedece a una necesidad de contratación sobrevenida, puntual y no sostenida.

Pero, además, contempla el art. 15º también que pueden ser una circunstancia de la producción "las oscilaciones" que se puedan producir en la actividad normal de la empresa y que igualmente generen un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, añadiendo a continuación que *Entre las oscilaciones a que se refiere el párrafo anterior se entenderán incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales*.

El Tribunal Supremo ya había autorizado que las vacaciones -o los permisos retribuidos- pudiera tratarse de una causa válida que sirviese para contratar en virtud del contrato eventual por circunstancias de la producción si bien identificando claramente los trabajadores que están de vacaciones o disfrutando de permisos[43], pero este tema ha sido -y parece que seguirá siéndolo-[44]polémico ya que parte de la doctrina científica ha negado que los motivos organizativos de la misma empresa que provocaran un déficit sobrevenido de personal -vacaciones, licencias

[40] *Vid*., a modo de ejemplo, la STS (Sala de lo Social) de 13 de febrero de 2018 (rcud.3825/2015).

[41] Tal como se efectúa en la STS (Sala de lo Social) de 27 de enero de 2021 (rcud 1613/2018), RJ 2021, 575), donde se reconoce la condición de fijos discontinuos a peones de incendios contratados durante 5 años seguidos durante la campaña de extinción de incendios para TRAGSA en el servicio de brigadas de extinción, vigilancia y defensa contra incendios forestales, tras haber sido contratados, cada año, a través de un contrato para obra o servicio determinado, contrato que se considera fraudulento.

[42] En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 19 de febrero de 2019, RJ 2019, 2308 el Tribunal concluye que lo aquí acontecido ha sido una sucesión de contratos temporales fraudulentos porque no existen actividades estacionales que revelen necesidades estables permanentes de la empresa que puedan determinar la que relación de trabajo fue fija discontinua; el encadenamiento de los contratos determinaría que el contrato es fijo pero en este caso esta condición no puede reconocerse porque la acción estaba caducada cuando se presentó la demanda por despido contra la empresa.

[43] La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 26 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3680) permite acudir válidamente al contrato eventual por circunstancias de la producción, ya que se entiende que el contrato de interinidad aquí no se podría usar, aunque exige que se identifique los concretos permisos o vacaciones que estuvieren disfrutando los diferentes trabajadores que posibilitarían el acudir a esta fórmula contractual.

[44] Los primeros comentarios de esta norma arrojan conclusiones bastante alejadas de las que aquí se sostienen, uno de ellos: NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *El contrato eventual por circunstancias de la producción en el RDL 32/2021* se puede consultar en: https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf

retribuidas, ajustes de jornada, varias vacantes no cubiertas, reducciones de jornada…- que también pudieran cubrirse- en ocasiones- con contratos de interinidad, pudieran servir para justificar el uso del contrato eventual por circunstancias de la producción[45]. Posiblemente la alusión a las oscilaciones de trabajo sirve para superar ahora este obstáculo y entender que los motivos inherentes al funcionamiento mismo de la empresa sí justificarían acudir al contrato eventual PCP.

Sobre el particular, mi opinión siempre ha sido favorable a que se use el contrato eventual PCP por motivos organizativos intrínsecos a la misma actividad porque la alusión a la causa habilitante de la contratación no es lo que autoriza sin más el uso de este contrato dado que lo relevante es que la circunstancia particular sí genere que aparezca la causa ocasional de necesidad de contar con una persona trabajadora más, lo que no se produciría si, analizando la plantilla en su totalidad, se detecta que la contratación temporal se está usando masivamente porque no existe suficiente personal permanente; en suma, en ese otro caso, ese desajuste de la plantilla no sería temporal, sino permanente[46].

Por eso, lo relevante siempre va a ser, como adelantábamos, que aparezca detallada, junto a la causa habilitante del contrato eventual PCP los detalles claros de las circunstancias concretas que la justifican, lo que obliga a examinar todos los datos precisos de la plantilla completa de la empresa. En cada caso, las circunstancias de la producción que generen incremento de actividad o las oscilaciones que puedan aparecer en la actividad normal de la empresa -incluso si proceden de un déficit de personal que no puedan cubrirse con el contrato de interinidad por sustitución- deben valorarse individualmente, atendiendo a las circunstancias concretas que se han alegado para justificar su existencia en el mismo contrato, y en concordancia con los datos que concurran[47].

Así pues, en el caso del contrato eventual por circunstancias de la producción, una causa habilitante serían las vacaciones de la plantilla, pero habría de atenderse a las circunstancias concretas que concurran. Si ocurre, así, que el personal disponible no es suficiente y que -temporalmente- precisaremos un trabajador más porque -como consecuencia del cambio en el modo de elección de las vacaciones- este año tendremos durante cuatro meses a tres trabajadores de vacaciones podremos contratar eventualmente a un trabajador sólo durante esos cuatro meses. No bastará el recurso -sin más- a las vacaciones del personal para que concurra la causalidad exigida

[45] PEREZ REY, J.: *El contrato eventual por circunstancias de la producción*, Barcelona, Bomarzo, 2006, p. 26 y 27 señalaba así, que *(…) Sólo cuando el origen de la acumulación -de tareas- reside en circunstancias ajenas a la organización empresarial, en vicisitudes imprevisibles del mercado, nos encontramos con el sustrato causal del contrato… (…) ello serviría para satisfacer males endémicos de plantilla, argumentando la existencia de causas de temporalidad en descansos semanales, permisos retribuidos….*

[46] Este desajuste de la plantilla permanente está claro que sucede en ciertos Organismos públicos como Correos y Telégrafos. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 31 de mayo de 2018, RJ 2018, 3039 es un ejemplo de desprotección del temporal en el que se concluye la procedencia de la contratación del demandante, quien había sido contratado -junto con otros muchos temporales en el Organismo- a través de 81 contratos de interinidad y eventuales desde 2008 a 2014. Cierto es que la entidad empleadora no puede llevar a cabo la cobertura de las plazas por la inexistencia de normas legales o reglamentarias, y que no se otorga la fijeza al trabajador porque podría aparecer otros trabajadores que estuvieran en mejor condición que el demandante para la adquisición de fijeza -por la existencia de un sistema de bolsas de trabajo del Organismo-, pero nada de eso desvirtúa el hecho de que el desajuste de plantilla al que se responde por el organismo no es temporal, a la vista del número de trabajadores afectados por los contratos temporales atendiendo al nivel de empleo permanente que debiera existir. La Ley 20/2021 va destinada a solventar los desajustes entre la normativa laboral y la problemática que envuelve la contratación temporal de los Organismos públicos.

[47] La relevante Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 10 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4625) incide, precisamente, en esta cuestión, en la necesidad de que no sirva la genérica invocación de la necesidad de cubrir los permisos, licencias y vacaciones de los trabajadores de plantilla para justificar el uso del contrato eventual por acumulación de tareas. Vid. un comentario sobre esta Sentencia en: BALLESTER PASTOR, I.: "El contrato eventual por acumulación de tareas en la Administración originado por un déficit de personal exige aludir a las concretas circunstancias extraordinarias que lo justifiquen", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 2, 2021, artículo disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001218.

por la norma, y tampoco puede prorrogarse este contrato hasta los 12 meses -aunque el convenio lo permita-. Por eso, por más que la norma diga ahora -art. 15.2º TRET- que las vacaciones son una causa válida del contrato eventual por circunstancias de la producción sólo lo es si la realidad de los hechos permite llegar a la conclusión de que la causa de la temporalidad aquí existe[48].

En estos casos -continúa señalando el art. 15.2º en su tercer párrafo- el contrato de duración determinada no puede tener una duración que supere los seis meses, aunque por convenio colectivo de ámbito sectorial se puede ampliar dicha extensión del contrato hasta un año. A diferencia de la regulación anterior, la duración máxima del contrato eventual se establece ahora con un solo parámetro temporal, de forma que se entiende que esta vinculación ha de ser continuada -a diferencia de la regulación anterior, donde la regulación legal de 6 meses máximo se encuadraba en un marco temporal de referencia de 12 meses y parecía consentir que el contrato fuera interrumpido y continuara posteriormente-. Y muy escasa trascendencia tiene este cambio ya que, en la práctica esto no era habitual.

No obstante, sigue sin comprenderse que un contrato eventual PCP generado por circunstancias ocasionales, imprevisibles y transitorias pueda ampliarse hasta los doce meses, prolongación que ahora puede efectuarse por un convenio colectivo sectorial sea cual sea su ámbito[49], y mantenerse con este carácter durante toda la anualidad. Debiera haberse limitado esta duración máxima, y ello tampoco habría supuesto gran problema ya que muy pocos contratos eventuales llegan a extenderse un año entero. Por lo demás, veremos si este tema es objeto de negociación o no, pero lo más seguro es que sean muy pocos los convenios colectivos que olviden contemplar esta prolongación de este contrato eventual PCP hasta los 12 meses, cuando lo normal debiera haber sido todo lo contrario.

Por lo demás, como ya señalaba el previo art. 15.1.b) ET, sin cambiar ni una coma, sigue diciendo el art. 15.2º ahora que, en caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, éste podrá prorrogarse, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima[50].

3.2. La causa habilitante del contrato eventual PCP "suplementario": una arriesgada normalización de la temporalidad

Este nuevo motivo que justifica acudir al contrato eventual PCP resulta altamente sorprendente y también altamente problemático en su comprensión y en su distinción respecto al contrato eventual ordinario PCP, figura con la que ha de convivir. Obviamente resulta una regulación ventajosa para cualquier empresa, pues todas ellas van a contar con un mecanismo clave que otorga 90 días de "barra libre" de personal temporal "extra" sin necesidad de que aparezca la imprevisión que caracteriza el contrato eventual PCP, aunque estos contratos sean de muy corta duración.

El art. 15.2º permite formalizar contratos eventuales "suplementarios" entendiendo que aparecen las circunstancias de la producción si hay "situaciones ocasionales y previsibles con duración reducida y delimitada", que estén identificadas en el contrato y que duren menos de 90 días no continuados. El que se trate de situaciones previsibles ocasiona cierta sorpresa pues

[48] La Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 12 de julio de 2019 (AS 2019, 2015), incide en esta misma línea cuando señala que la causa del contrato eventual no es válida. Se señala por el Tribunal que ha de concretarse la causa de la contratación que concurre en este caso, y se concluye que aquí tal justificación no está presente dado que no se concreta qué trabajadora estaba de baja de larga duración, trabajadora cuyo trabajo estaría haciendo la eventual y sólo se dice que hay un incremento de trabajo por el aumento de contrataciones en el ejercicio de 2017. No se establece qué tareas se incrementan ni de cuánto personal dispone el Ayuntamiento para efectuarlas.

[49] El previo art. 15.1.b) señalaba que sólo el convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de este contrato….

[50] Esta regulación hay que conectarla también con la contenida en el art. 49 TRET.

introduce una normalización de la temporalidad como circunstancia ordinaria de la empresa durante 3 meses al año. La norma aporta una solución al personal extra que las empresas pudieran necesitar admitiéndolos siempre que, en primer lugar, éstos estén poco tiempo y, además, cuando sus contrataciones estén planificadas.

Se presume que, en este caso y con estas cautelas, estos trabajadores no sustituirían a los trabajadores fijos que la empresa debiera contratar para solventar estas "situaciones ocasionales y previsibles". Pero estas cautelas no siempre servirán y este contrato eventual PCP "extra" puede ser un nuevo coladero para contratar más temporales de los que hacen falta para atender una expectativa posible de un desajuste de plantilla que puede no llegar a producirse al final, o al menos, durante el tiempo que se plantea.

En la realidad diaria son contratos que también van a tener que quedar controlados pues lo contrario facilita un uso indiscriminado incluso en sectores o actividades en las que estas concretas planificaciones no sean precisas. Y ninguna condición se impone más que estos contratos tengan una duración reducida y delimitada -90 días no continuados- ya que sólo se establece que éstos deben servir para resolver "concretas situaciones" que solamente han de identificarse en el contrato, nada más, pudiendo ser cualesquiera realidades, ya sean razones organizativas internas -intrínseca a la plantilla, vacaciones, licencias retribuidas, cambio de jornada de personal- pero también razones completamente ajenas a ésta -cambio de forma de producción, comportamiento del mercado, rebajas, períodos punta de producción, festividades locales en el caso de la hostelería, nuevos mecanismos de ventas, etc.-.

Así las cosas, 90 días cada año -que deben planificarse el último trimestre del año anterior- pueden cobijar cuantos eventuales "extras" sean precisos para solventar "concretas situaciones". Piénsese que la planificación de las fechas exactas en las que vaya a hacerse uso de esta "barra libre" puede ser burlada fácilmente dado que se exige que este cronograma se traslade a la representación legal de las personas trabajadoras en el último trimestre de cada año, aunque sin imponer sanción si esta planificación no aparece y no parece que sin un calendario los eventuales "extra" se conviertan en fijos; tampoco habrá traslado posible de tales fechas en los casos de empresas pequeñas y medianas que carecen de tal representación legal. Por lo demás, ¿se podrá contratar personal eventual "extra" este año 2022 ya que estos períodos no se han planificado en 2021 porque no estaba vigente la norma? Si esta planificación no aparece, la barra libre de temporales resulta mucho más flexible y fácil de usar, por lo que los convenios colectivos deberían atajar y restringir más esta figura, ajustándola -sin extender la causa habilitante del contrato- hacia las situaciones que cada sector precise.

Este contrato ha sido una opción arriesgada y puede convertirse en una fuente de contratación temporal masiva porque, aunque de corta duración pues la mercantil sólo tiene limitados los días que contrata -90 por año-, las grandes empresas pueden usarlo con un número elevado de trabajadores[51]. Además, estos contratos eventuales "extras" durante 90 días pueden superponerse perfectamente a cuantos contratos temporales "ordinarios" se suscriban, coincidan o no aquéllos con fechas punta de actividad, lo que ha de ser tenido en cuenta a la hora de valorar las razones que han sido argumentadas por las empresas y complica el ajuste real de las empresas en lo referido a la posibilidad de intervenir en la magnitud de la plantilla que resulta ser, cada día, necesaria en una empresa.

En cualquier caso, este contrato no debería servir para eludir contratación permanente, algo que no solamente debe ser controlado por la duración exacta de los contratos sino también por la necesidad de hacer constar las exactas circunstancias de la producción que en cada caso, hayan aparecido. Pero lo veamos como lo veamos va a ser una modalidad contractual difícil de verificar y

[51] Las medianas y grandes empresas de nuestro país pueden incrementar el número de contrataciones temporales por esta vía de forma muy notable, casi igual que han venido haciéndolo con la contratación de distintos trabajadores temporales en un mismo puesto de trabajo, fórmula que ahora se ataja en el art. 15.5º TRET.

de difícil conjunción con el contrato eventual PCP ordinario y, posiblemente vaya a usarse mucho ya que va a aglutinar aquellos contratos que servían anteriormente para dar cobijo al contrato para obra o servicio delimitado, y de escasa duración temporal dado que los contratos temporales -por motivos evidentes también- por semanas o un mes son los que más se suscriben[52].

Por lo demás, esta figura del contrato eventual PCP parece haber sido rescatada desde el sector del comercio pues aquí existía el denominado "personal complementario" regulado en la Ordenanza de Trabajo para el Comercio aprobada por la Orden de 24 de julio de 1971[53], un personal que se contrataba para trabajar en determinadas épocas del año en las que se intensificaban las operaciones comerciales, aunque en aquella Ordenanza no se podía utilizar sus servicios más de 20 días al año, consecutivos o no.

En 1996[54], el CC Nacional para comercio mayorista regulaba una figura que parece copiar hoy el art. 15.2º, la del "personal complementario", que se permitía para reforzar la plantilla de trabajadores fijos en momentos en los que se intensificaban las operaciones comerciales, un personal que estaba permitido por un tiempo máximo de tres meses al año, en dos períodos[55]. Ha sido, pues, una figura creada por y para las necesidades concretas del sector comercio, y del sector servicios, el que mayoritariamente mueve estos contratos de escasa duración muy reiterados -precisamente un tipo de contratos cuyo uso masivo e irregular ha sido ahora restringido por diferentes vías, fundamentalmente por el art. 15.5º TRET- y ha sido también más duramente sancionado. En cualquier caso, las empresas que lleven a cabo contratos de duración determinada que tengan una duración inferior a 30 días deben hacer frente a una cotización adicional prevista en el art. 151 del RDL 8/2015, de 30 de octubre.

3.3. El contrato temporal para la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo

Este contrato es uno de los dos motivos que posibilita la suscripción válida de un contrato de duración determinada y exige ahora, igual que el contrato eventual PCP que, para que se entienda

[52] En diciembre de 2021 del total de contratos eventuales totales -casi 9 millones de contratos, 8.683.539- los celebrados con una duración inferior a 7 días fueron 3.594.009; los suscritos con una duración de entre 7 a 15 días también fueron 709.992; los que se extendieron entre 15 días y un mes fueron 1.329.201, los que se prolongaron entre 1 y 3 meses fueron 1.855.829 y los que se extendieron entre 3 y 6 meses fueron 1.019.996. Estos datos pueden consultarse en: https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/datos-avance/contratos.html.

[53] BOE de 14 de agosto de 1971. En la Sección 2º de esta Ordenanza. Clasificación del personal según la permanencia el Art. 7º clasifica al personal en: Personal fijo. El que se precisa de modo permanente para realizar el trabajo exigido por el trabajo comercial normal. Personal complementario. El que trabaja en determinadas épocas del año en que se intensifican las operaciones comerciales a fin de reforzar la plantilla de trabajadores fijos. Únicamente puede tener este carácter el que se califica como mercantil en el art. 9º de esta Ordenanza, no pudiendo utilizarse los servicios de personal complementario más de 20 días al año, consecutivos o no. Este personal estará sujeto a un contrato de trabajo que deberá cumplirse por el tiempo pactado.

[54] Hay que recordar que la Ley 11/1994, de 19 de mayo modificó la DT 2ª del ET80 que decretó la pérdida de vigencia en fecha de 31 de diciembre de 1994 de todas las reglamentaciones y ordenanzas laborales en vigor.

[55] El CC Nacional para Comercio mayorista de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos, de fecha de 24 de enero de 1996, BOE de 22 de febrero de 1996, incluía a este personal complementario en su art. 8º. Este artículo tenía el siguiente tenor: *se acuerda que, para cubrir atenciones extraordinarias, las empresas afectadas por el presente Convenio podrán contratar personal complementario por un tiempo máximo de tres meses al año, en dos períodos: Uno, en fiestas tradicionales o por vacaciones reglamentarias, y otro, circunstancial, a elección de la empresa por balances, inventarios, proceso de reorganización, mecanización, modificación de instalaciones, etc.*

Igualmente, el CC sobre el comercio en general de Córdoba, de fecha de 27 de diciembre de 1994, BOP de 25 de enero de 1995, en su art. 31º definía al personal eventual complementario como: *el que se contrate para atenciones extraordinarias o esporádicas de duración limitada, como el que se precisa para trabajos de carga y descarga, repartos, etc., así como el que ha de cooperar con los empleados administrativos en determinadas circunstancias excepcionales, y al personal complementario como: el que trabaja determinados días o épocas del año en que se intensifican las operaciones comerciales a fin de reforzar la plantilla de trabajadores fijos.*

que concurre la causa justificada de temporalidad, se especifique claramente en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista (art. 15.1º TRET). A tal efecto, el art. 15.3º identifica como la causa habilitante de la contratación temporal la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo y exige que siempre conste en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución.

Hasta aquí, esta figura no habría sufrido grandes cambios respecto a la regulación previa de la misma contenida en el art. 15.1.c) TRET[56], pero el actual art. 15.3º TRET facilita -como novedad- la coincidencia de la persona sustituida y quien le sustituye un máximo de 15 días pues posibilita que la prestación de servicios puede iniciarse antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida, coincidiendo el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días. Además, se recoge también expresamente que este contrato pueda concertarse para completar la jornada reducida de otra persona trabajadora cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo y cuando se especifique el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución -aunque previamente el contrato de interinidad también se podía concertar a tiempo parcial, para esta misma finalidad-.

Y, por último, la ley contempla ya la posibilidad de utilizar el contrato de sustitución para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante un contrato fijo, ya que antes esta figura solamente aparecía -impropiamente- en el RD 2720/1998. Asimismo, igual que se decía antes en el RD 2720/1998, se señala que este contrato no puede tener una duración superior a tres meses y se matiza que este plazo de tres meses puede ser rebajado en convenio colectivo. También aparece otra novedad que consiste en que se establece ahora que, para el control de esta fórmula contractual -masivamente usada en las Administraciones públicas- se prohíbe que pueda celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada esa duración máxima. Para ello va a ser preciso, no obstante, que figure claramente en cada contrato de sustitución por cobertura de puesto vacante el proceso de selección o de promoción al que dicho contrato queda adscrito, lo que tiene que ver con la necesidad de que se haga alusión a las circunstancias concretas que justifican la contratación y su conexión con la duración prevista. En cualquier caso, este plazo de tres meses vuelve a no resultar aplicable a la contratación laboral del sector público dado que, de acuerdo con la DA 4ª del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, aquí sí pueden suscribirse contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo -sin atenerse a esos tres meses- pues se posibilitan hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público[57].

4. BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER PASTOR, I.: *El contrato eventual por circunstancias de la producción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

BALLESTER PASTOR, I.: "El contrato eventual por acumulación de tareas en la Administración originado por un déficit de personal exige aludir a las concretas circunstancias extraordinarias que lo justifiquen*", Revista de Jurisprudencia Laboral* (RJL), núm. 2, 2021, artículo disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001218.

[56] Señalaba el art. 15.1.c) previo, muy sintéticamente que: Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: (…) c) Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato se especifique el nombre del sustituido y la causa de la sustitución.

[57] En el sector público también ha de aparecer claramente definida la convocatoria, como se exige en la STS (Sala de lo Social) de 19 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4869) donde se concluye que la contratación por cobertura de vacante debe quedar condicionada a la existencia de un plazo cierto y preciso para la convocatoria y la finalización del proceso.

CAIROLI, S.: *La anomalía española en la contratación temporal: un análisis desde una perspectiva italiana*, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 18, 2011.

CARDENAL CARRO, M.: "Adquisición de la condición de fijo por no haber sido dado de alta en la Seguridad Social: el anacronismo del art. 15.2º ET. Comentario a la STSJ Castilla- La Mancha de 5 de mayo de 1998", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. Paraf. III 48, BIB 1998/714.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Contratación temporal sucesiva: problemas interpretativos", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6, 2008.

MUÑOZ RUIZ, A.: "Los compromisos de empleo estable en la negociación colectiva de empresa: garantías anti-ere y reducción progresiva de la temporalidad", *Revista Información Laboral*, núm. 5, 2014.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *El contrato eventual por circunstancias de la producción en el RDL 32/2021* , en Publicaciones AEFTSS, Briefs, disponible en: https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf

PEREZ REY, J.: *El contrato eventual por circunstancias de la producción*, Barcelona, Bomarzo, 2006.

VICENTE PALACIO, A.: *Obituario contrato para obra o servicio determinado: descanse en paz, viva el contrato fijo discontinuo*, en Publicaciones AEDTSS, Briefs, disponible en: https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/OBITUARIO-ARANTCHA.pdf.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

Principio de igualdad retributiva y trabajos de "igual valor": el alcance del efecto directo del art.157 TFUE. A propósito de la STJUE (Sala Segunda), de 3 de junio de 2021 (C-624/19), *asunto Tesco Stores*

Principle of equal pay and work of "equal value": the scope of the direct effect of art.157 TFEU. Regarding the STJUE (Second Chamber) of 3 June 2021 (C-624/19), *Tesco Stores case*

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Oviedo
https://orcid.org/0000-0001-5316-3637

Cita sugerida: MARTÍNEZ MORENO, C. "Principio de igualdad retributiva y trabajos de "igual valor": el alcance del efecto directo del art.157 TFUE. A propósito de la STJUE (Sala Segunda), de 3 de junio de 2021 (C-624/19), *asunto Tesco Stores*". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 2 (2022)*: 125-134.

Resumen

La STJUE (Sala Segunda), de 3 de junio de 2021 (C-624/19), asunto Tesco Stores dirime una cuestión de la máxima relevancia, como es el efecto directo del art.157 TFUE en relación con el alcance del principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres para un mismo trabajo o un trabajo de igual valor; llegando a la conclusión de que dicho precepto impone de manera clara y precisa una obligación de resultado y tiene carácter imperativo tanto en lo que respecta a un mismo trabajo como a un trabajo de igual valor; vinculando tanto a los poderes públicos como a los convenios colectivos o a los contratos. Lo contrario podría menoscabar el efecto útil del precepto y la consecución del objetivo que persigue la norma de la UE. Respecto al problema de la fuente única de aplicación, las recomendaciones contenidas en la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, destinadas a la Comisión en relación con la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras aclara que los empleos relacionados con diferentes convenios colectivos y diferentes profesiones pueden compararse en los tribunales a estos efectos. De todos modos, pese a los enormes esfuerzos realizados por nuestra normativa interna, el modo de determinar lo que se considera un trabajo de igual valor y cómo ha de hacerse la labor comparativa sigue constituyendo un asunto difícil y problemático.

Palabras clave

efecto directo; igualdad retributiva entre mujeres y hombres; discriminación; trabajos de igual valor

Abstract

The STJUE (Second Chamber), of June 3, 2021 (C-624/19), Tesco Stores case resolves an issue of the utmost relevance, such as the direct effect of art.157 TFEU on the scope of the principle of equal pay for men and women for equal work or work of equal value; concluding that that provision imposes a clear and precise obligation of result and is mandatory both for the same work and for work of equal value, thereby binding both public authorities and collective agreements or contracts. Otherwise, it could undermine the useful effect of the precept and the achievement of the objective pursued by the EU regulation. With regard to the problem of the single source of application, the recommendations contained in the European Parliament's resolution of 24 May 2012 to the Commission on the application of the principle of equal pay for male and female workers clarify that jobs related to different collective agreements and different professions can be compared in court for this purpose. However, despite the enormous efforts made by our domestic legislation, how to determine what is considered to be work of equal value and how the comparative work is to be done remains a difficult and problematic issue.

Keywords

direct effect; equal pay for women and men; discrimination; work of equal value

Fecha Recepción: 25/1/2022 - Fecha Revisión: 29/1/2022 - Fecha Aceptación: 29/1/2022
Pags. 125-134

1. BREVE PROLEGÓMENO SOBRE LA IGUALDAD RETRIBUTIVA EN LA UE

La igualdad entre mujeres y hombres –particularmente en su vertiente retributiva— se encuentra en el código genético de la Unión Europea. Desde su reconocimiento en el texto fundacional, el Tratado de Roma de 1957 (art.119), hasta su actual configuración como objetivo institucional prioritario, exigencia de funcionamiento y eje de la acción política y normativa de la Unión (arts.3.3.2º TUE, 157 TFUE y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales), la igualdad laboral entre las personas de uno y otro sexo constituye un asunto que sigue ocupando y preocupando a las instituciones comunitarias. Congruentemente con ello, esta sentencia que ahora se comenta, por de pronto nos recuerda que este principio forma, en efecto, parte de los fundamentos de la Unión[1].

En el Derecho derivado, la igualdad de retribuciones entre mujeres y hombres encontró una temprana específica acogida en la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975. Por su parte, la vigente Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trabajo entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación[2] se refiere a esta máxima acogiendo una noción amplia y omnicomprensiva de retribución[3], en los términos en que ya hiciera el Convenio nº100 de la OIT, y que ha inspirado nuestra reciente normativa legal y reglamentaria en materia de igualdad y transparencia retributiva[4].

Sin embargo, en numerosos documentos institucionales de la UE se sigue subrayando la modestia de los logros alcanzados y se insiste en la necesidad de adoptar medidas para mejorar resultados en relación con la lucha frente a la desigualdad salarial por razón de sexo. Por destacar sólo un par de ellos, y específicamente en relación con el aspecto en concreto que ahora nos ocupa, la valoración del trabajo, es interesante lo que al respecto se dice en la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio e igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia (2014/124/UE)[5]. En concreto, en sus considerandos 13, 21 y 22, en los que se alude, por un lado, a las dificultades que concurren en esa labor como consecuencia de la falta de transparencia en los sistemas de remuneración y de claridad y seguridad jurídica sobre el concepto o la definición de lo que se considera "trabajo de igual valor"; y, a partir de ahí, a la necesidad de contar con una indicación clara de los criterios de evaluación y comparación de empleos diferentes, que deberían atender a una serie de factores, entre ellos la naturaleza del trabajo, la formación y las condiciones de su desempeño. En concordancia con ello, en su Recomendación 10 encomienda a los Estados miembros el deber de precisar en sus legislaciones el concepto de "trabajo de igual valor", debiendo evaluarse el valor del trabajo y llevar a cabo la oportuna comparación conforme a criterios objetivos tales como los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión. Idea en la que persiste la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de octubre de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE[6].

Abordar la brecha salarial y de pensiones entre hombres y mujeres, en fin, aparece como un desafío con enunciado autónomo en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al

[1] Con cita de la Sentencia de 3 de octubre de 2006, *Cadman*, C-17/05 (EU:C:2006:633), apartado 28 y jurisprudencia citada.
[2] Diario Oficial de la Unión Europea L 204/23 de 26.7.2006.
[3] Cfr., por todos, CABEZA PEREIRO, J., "La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica", *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012, pp. 79 y ss. [http://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/viewFile/6174/5822].
[4] Contenida en el art.28.1 ET y el RD 902/2020, de 13 de octubre (BOE 14 de octubre).
[5] Diario Oficial de la Unión Europea L 69/112 de 8.3.2014.
[6] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0351_ES.html_(consultada el 24 de noviembre de 2021).

Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre "Una Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025"[7].

2. LAS CUESTIONES SUSCITADAS EN LA SENTENCIA *TESCO STORES*

La STJUE (Sala Segunda), de 3 de junio de 2021, *asunto Tesco Stores* (C-624/19) [ECLI:EU:C:2021:429][8] comienza por dar respuesta a una duda previa referida a su propia competencia para dirimir las cuestiones de fondo que se le plantean por el órgano jurisdiccional remitente. La razón de esa pregunta es que el asunto proviene del Reino Unido, que –como es bien sabido— a resultas del *Brexit* ha dejado de formar parte de la UE. Sin embargo, como la petición de decisión prejudicial se presentó antes del final del período transitorio fijado para el 31 de diciembre de 2020, conforme a lo dispuesto en el art.86.2 del Acuerdo de retirada[9], el TJUE sigue siendo competente para pronunciarse.

Por lo que respecta a la materia sobre la que versan las dos cuestiones que se someten a la consideración del TJ, la primera es si tiene efecto directo el art.157 TFUE en litigios entre particulares en los que se invoque la vulneración del principio de igualdad de retribución entre trabajadores de uno y otro sexo para un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Y la segunda, si en caso de respuesta negativa a la primera, el criterio de la "fuente única" de fijación de las condiciones de trabajo –retributivas en este caso— en cuanto a la posible comparación constituye una cuestión diferente de la relativa al igual valor. Y si lo fuera, si ese criterio debiera tener también efecto directo.

Para entender esta segunda cuestión es menester tener en cuenta que en la normativa sobre igualdad del Reino Unido, en concreto en el art.79 de la *Equality Act* 2010[10], a propósito de la forma en que se ha de hacer la comparación para determinar si existe un trato desigual injustificado, se dice que dos trabajadores podrán compararse cuando trabajen para un mismo empresario, aunque en un establecimiento distinto, si en ambos rigen condiciones comunes. Esto es a lo que se alude con la expresión "fuente única", que la normativa aplicable sea la misma para los dos puestos de trabajo comparados.

Demos, en primer lugar, un repaso a la situación fáctica controvertida. La empleadora *Tesco Stores* es una empresa minorista que vende sus productos en línea en más de tres mil tiendas de tamaño dispar situadas en el Reino Unido, dando empleo a un total, aproximadamente, de 250.000 trabajadores, a los que retribuye por unidad de tiempo, sobre una base horaria rezan los antecedentes de la sentencia. La empresa cuenta, a su vez, con una red de distribución integrada por 24 centros que ocupan a unos 11.000 empleados, que también realizan o desempeñan distintos tipos de trabajos y cobran igualmente por horas. Las demandantes del litigio principal están empleadas en esos centros de distribución, y alegan que su trabajo tiene igual valor que el de los trabajadores varones, que aunque desarrollen su labor en otros centros distintos, tienen salarios fijados en una "fuente única" común para todos. Dicho en otras palabras –al menos así lo entiendo yo— que la empresa aplica las mismas reglas o reglas comunes para la determinación de los salarios de sus empleados, sea cual sea el centro en el que prestan sus servicios.

[7] Bruselas, 5.3.2020, COM(2020) 152 final https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152&from=ES (última consulta el 25 de noviembre de 2021).

[8] *Vid*. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "Igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores de un mismo empresario aunque presten servicios en establecimientos distintos. Efecto directo horizontal del art. 157 TFUE", *Revista de Jurisprudencia Laboral,* nº.7, 2021 [https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001339 (consultada el 25 de noviembre de 2021).

[9] https://ec.europa.eu/info/strategy/relations-non-eu-countries/relations-united-kingdom/eu-uk-withdrawal-agreement_es (consultado el 25 de noviembre de 2021).

[10] https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/79 (consultada el 25 de noviembre de 2021).

La empresa opone a esta pretensión justamente el argumento de la falta de efecto directo de la normativa europea, sobre la base de que la determinación de lo que son trabajos de "igual valor" requiere de una normativa de desarrollo del art.157 TFUE inexistente [STJUE de 8 de abril de 1976, *asunto Defrenne,* C-43/75 (EU:C:1976:56), apartados 18 a 23].

Frente a esta alegación, el TJUE sostiene que –tal y como ya tiene declarado en otras ocasiones— el precepto de referencia impone "de manera clara y precisa" una obligación de resultado y tiene carácter imperativo tanto en lo que respecta a un "mismo trabajo" como a un "trabajo de igual valor"; y vincula tanto a los poderes públicos como a los convenios colectivos o a los contratos[11]; desplegando, pues, efectos directos y creando para los particulares derechos que los tribunales nacionales deben salvaguardar[12]. El precepto exige, por otra parte, que no se traten de manera diferente situaciones que sean comparables, a menos que ese trato esté objetivamente justificado[13]. Y prosigue recordando el TJUE que el alcance de los conceptos "mismo trabajo", "mismo puesto de trabajo" y "trabajo de igual valor" constituye una cuestión puramente cualitativa, esto es, que se liga exclusivamente a la naturaleza del trabajo efectivamente realizado[14]. Por consiguiente, el efecto directo que produce el art.157 TFUE se extiende igualmente a las situaciones en las que no se realiza un mismo trabajo sino un trabajo de igual valor. Lo contrario, distinguir entre trabajos iguales o de igual valor a estos efectos, podría menoscabar el efecto útil del precepto y la consecución del objetivo que persigue la norma.

Sin embargo, como viene siendo habitual, el TJUE concluye que corresponde al juez nacional, a la vista de los hechos, determinar si, atendiendo a la naturaleza concreta de las actividades realizadas, un trabajo tiene igual valor a otro[15], con lo que la seguridad jurídica y la certidumbre que proporciona este pronunciamiento no llegan a ser completas.

Sin perjuicio de todo lo anterior, y desde mi personal punto de vista, esta sentencia contiene algunas consideraciones poco claras y no menos inquietantes en lo que atañe al asunto de la "fuente única", al sostener que cuando las diferentes condiciones de la retribución –aun tratándose de trabajos iguales o del mismo valor— se deban a la existencia de más de una fuente (de fijación) no será posible atribuir responsabilidad a la entidad ni requerir el restablecimiento de una situación respetuosa con la igualdad de trato[16]. Es verdad que acaba calificando a *Tesco Stores*, en su condición de empresario, como una fuente única a la que poder imputar las condiciones de la retribución de todos sus trabajadores y, en su caso, responsabilidad por una eventual discriminación prohibida por el art.157 TFUE. Pero me queda la duda de si esto significa que no puedan compararse salarios percibidos por el hecho de tener distinto pagador, o, más claramente, porque resulte de aplicación un diferente convenio colectivo. Con lo que quedarían fuera de esta posible tutela antidiscriminatoria situaciones de injusticia como la que sufren las empleadas de empresas de servicios como es el caso paradigmático de las camareras de piso, las *kellys*. Problema, por cierto, tremendamente mal resuelto por nuestro Tribunal Supremo, como muestra la –para mí, desafortunada y decepcionante— STS de 12 de febrero de 2021 (Rec.2839/19)[17]. Cuyo criterio, además, se acaba de incorporar al art.42.6 ET, adicionado a la redacción del precepto de referencia

[11] Sentencia de 8 de mayo de 2019, *Praxair MRC*, C-486/18 (EU:C:2019:379), apartado 67 y jurisprudencia citada.

[12] Sentencia de 7 de octubre de 2019, *Safeway*, C-171/18 (EU:C:2019:839), apartado 23 y jurisprudencia citada; Sentencia de 13 de enero de 2004, *Allonby*, C-256/01 (EU:C:2004:18), apartado 45; Sentencia de 11 de marzo de 1981, *Worringham y Humphreys*, 69/80 (EU:C:1981:63), apartado 23; Sentencia de 4 de febrero de 1988, *Murphy y otros*, 157/86 (EU:C:1988:62), apartado 9.

[13] Sentencia de 26 de junio de 2001*, Brunnhofer*, C-381/99 (EU:C:2001:358), apartados 27 y 28 y jurisprudencia citada.

[14] Sentencia de 26 de junio de 2001, *Brunnhofer*, C-381/99 (EU:C:2001:358), apartado 42 y jurisprudencia citada.

[15] Sentencias de 31 de mayo de 1995, *Royal Copenhagen*, C-400/93 (EU:C:1995:155), apartado 42, y de 26 de junio de 2001, *Brunnhofer*, C-381/99 (EU:C:2001:358), apartado 49 y jurisprudencia citada.

[16] Sentencias de 17 de septiembre de 2002, *Lawrence* y otros, C-320/00 (EU:C:2002:498), apartados 17 y 18, y de 13 de enero de 2004*, Allonby*, C-256/01 (EU:C:2004:18), apartado 46.

[17] ECLI:ES:TS:2021:486.

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*[18], según el cual el convenio de aplicación a las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica. Y salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III, incluido uno de empresa.

De todos modos, tal vez la solución a esta delicada cuestión podría provenir de la propia UE, por paradójico e incluso tautológico que pudiera parecer. En concreto, me estoy refiriendo a una de las recomendaciones contenidas en la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, destinadas a la Comisión en relación con la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, que trata de aclarar que "los empleos relacionados con diferentes convenios colectivos y diferentes profesiones pueden compararse en los tribunales siempre que se refieran a un mismo trabajo o a un trabajo de igual valor"[19]. Aunque, bien mirado, estamos de nuevo en la casilla de salida.

3. EL ETERNO PROBLEMA DE LA LABOR COMPARATIVA Y SU TRATAMIENTO EN LA NORMATIVA SOBRE IGUALDAD Y TRANSPARENCIA SALARIAL

Como acabo de apuntar hace un momento, me parece que la sentencia del TJUE objeto de este breve comentario ni mucho menos resuelve el problema de la determinación de lo que es un trabajo de igual valor. Si acaso, nos hace caer en la cuenta de las dificultades que ello comporta.

De hecho, esa preocupación por contar con criterios objetivos y adecuados de atribución de valor al trabajo fue justamente la que inspiró la modificación de los arts.22 y 28 ET por el *RDL 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*[20]. El primero, para decir en su apartado tercero –pese a todo, no con excesiva claridad— que la definición de los grupos profesionales debía seguir un sistema sin sesgos, en el que la correlación entre retribuciones y criterios de valoración de los puestos de trabajo fuese exacta y objetiva, sin desviaciones como las que nos muestran los supuestos sobre los que trata la tradicional doctrina constitucional[21] –que a su vez sigue la del TJUE—[22] relativa a la desigual valoración de rasgos o factores como el esfuerzo físico o la fuerza muscular. Y ello, de conformidad con lo dispuesto en el art.28.1 ET en relación con el principio de igualdad retributiva por trabajo de "igual valor"[23].

En la doctrina se ha explicado en qué consiste esa requerida neutralidad en la valoración a través del llamado "diferencial retributivo"[24], que entiendo como un método o herramienta basado

[18] BOE 30 de diciembre.

[19] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2012-0225_ES.html (ultima consulta, 23 de noviembre de 2021).

[20] BOE 7 de marzo.

[21] Fundamentalmente, desde la STC 145/1991, de 1 de julio, *caso Hospital Provincial de Madrid*, a la que siguieron la STC 58/1994, de 28 de febrero, *caso Puig*, y la STC 147/1995, de 15 de octubre, *caso Gomaytex.*

[22] Particularmente, la STJUE de 1 de julio de 1986, *asunto Dato-Druck* (C-237/85) [ECLI:EU:C:1986:277], según la cual "el hecho de basarse en valores correspondientes a los resultados medios de los trabajadores de un único sexo, para determinar en qué medida un trabajo exige un esfuerzo u ocasiona una carga o es físicamente pesado, constituye una forma de discriminación por razón de sexo, prohibida por la Directiva".

[23] El principio de igualdad salarial referido a trabajos de igual valor se había acogido ya en la normativa preconstitucional, en concreto en la *Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer*, desapareciendo de modo un tanto incomprensible en la versión inicial del Estatuto de los Trabajadores, al que retorna por mor de la reforma laboral de 1994. Cfr. LÓPEZ BALAGUER, M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., "La discriminación retributiva por razón de sexo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF* núm. 431, 2019, p. 57

[24] Véase BELTRÁN ADELL, A., "Anexo I: propuesta de herramienta para el análisis de la neutralidad o no de género de los sistemas de clasificación profesional a través del diferencial retributivo", GARRIGUES GIMÉNEZ, A., (Dir.),

(...)

en el cruce de datos entre los sistemas de clasificación profesional y las tablas salariales de los convenios, en la línea, una vez más, del enjuiciamiento que lleva a cabo del TC en esos significativos pronunciamientos a los que se acaba de hacer alusión.

Por su parte, la redacción del art.28.1 ET asumirá esa noción amplia y omnicomprensiva de retribución a la que asimismo se hacía referencia hace un momento, que incluye toda percepción satisfecha directa o indirectamente, tanto de naturaleza salarial como extrasalarial. De modo que la comparación habrá de hacerse respecto de todos los conceptos y partidas que puedan estar percibiendo las personas comparadas. Pero en relación con el aspecto que de modo más directo concierne a la materia que nos ocupa, el referido a la determinación de cuándo un trabajo tiene igual valor que otro, el precepto trató de concretar cuáles eran los criterios a que había de atender enumerando, en primer lugar, la naturaleza de las funciones o tareas desempeñadas; a continuación, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio; y, por fin, tomando en consideración los factores relacionados con su desempeño y con las condiciones laborales en que las actividades se lleven a cabo.

Más de un año después del cambio de redacción del art.28.1 ET –que se produce en marzo de 2019—, el reglamento aprobado por el RD 902/2020, de 13 de octubre (RIR)[25] intentó completar la explicación de cómo se determina qué son trabajos de igual valor. Y así, por naturaleza de las funciones o tareas encomendadas dice que hay que entender las que formen parte del contenido efectivo de la actividad desempeñada y del contenido esencial de la prestación laboral. Por condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas, las correspondientes a cualificaciones regladas que a su vez tengan alguna relación con la actividad, lo que constituye una variable o un elemento de incuestionable carácter objetivo; aunque también se valore un factor más difícil de calibrar como es la experiencia y formación no reglada con conexión con la actividad. Y, por último, también se tomará en consideración la equivalencia de las condiciones laborales y otros factores vinculados al desempeño del trabajo distintos de los anteriores, pero que tengan alguna relevancia para su desenvolvimiento. A título de ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, se mencionan entre otros la penosidad y la dificultad; las posturas forzadas; los movimientos repetitivos; la destreza y minuciosidad; el aislamiento; la responsabilidad económica y relacionada con el bienestar de las personas; la polivalencia o definición extensa de obligaciones; las habilidades sociales, y las de cuidado y atención a las personas; la capacidad de resolución de conflictos y la de organización (art.4.2 y 3 RIR).

La regulación reglamentaria se completa con una referencia un tanto redundante a tres principios que deberán informar la labor de valoración de los puestos de trabajo, el de adecuación –conexión de los factores relevantes para la valoración con la actividad realizada o desarrollada—; el de totalidad –toma en consideración de todas las condiciones y características que concurran en el puesto de trabajo y no sólo de alguna—; y el de objetividad, entendida como neutralidad y claridad o transparencia en los criterios tenidos en cuenta para la atribución de valor al trabajo y la fijación de las cuantías de las retribuciones (art.4.4 RIR).

El reglamento preveía además la aprobación de una OM por iniciativa de los dos Ministerios con competencias en la materia, el de Trabajo y Economía Social, y el de Igualdad, con el fin desarrollar todavía más, completar y clarificar el procedimiento de valoración de puestos de trabajo[26], a través de una herramienta y una guía de uso al estilo de la existente en relación con el registro salarial. Desarrollo que a la fecha[27] aún no se ha producido aunque es posible que sea

Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial, Madrid, Reus, 2017, pp. 299 y ss.

[25] Un comentario más amplio en 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*, vol. 9, núm. 2, 2021 (revista electrónica y de acceso abierto).

[26] Disposición Final Primera RIR.

[27] Las presentes líneas se escriben a fecha 24 de enero de 2022.

inminente[28]. Y que con toda probabilidad adoptará el "Método de puntos por factor" OIT[29], tal vez con el máximo desglose posible de los que se hayan de tomar en consideración para valorar cada puesto de trabajo.

4. ¿PERMITIRÁ EL MÉTODO DE PUNTOS POR FACTOR SUPERAR TODAS LAS DIFICULTADES Y GARANTIZAR LA NEUTRALIDAD EN LA VALORACIÓN DEL TRABAJO?

Desde luego ese es el objetivo. Pero veamos cuáles pueden ser los inconvenientes o los riesgos para la completa consecución de ese logro.

El método –explicado brevemente— consiste en asignar una puntuación a cada puesto de acuerdo con cuatro grandes factores, que pueden a su vez desglosarse en múltiples variables más concretas. Los grandes factores son las cualificaciones, los esfuerzos, las responsabilidades y las condiciones de trabajo. Entre las primeras habría que tener en cuenta no sólo las educativas y de formación, sino también las interpersonales o relacionales, las de comunicación y las físicas (aquí es donde, propiamente, habría que calibrar las condiciones físicas de la persona en relación con las exigencias del puesto de trabajo, y no solamente la fuerza muscular, tal vez también otras facultades, como la agudeza visual, por poner sólo un ejemplo, la complexión, la presencia…). Mientras que en el factor esfuerzo no sólo habría que considerar la fuerza muscular exigible, igualmente entrarían aquí la dificultad mental o la carga emocional del trabajo, muy presentes, por ejemplo, en los trabajos de cuidados, limpieza, educación infantil, o en tareas repetitivas y monótonas como las de las industrias conserveras, por poner un caso. En el capítulo de la responsabilidad, que por lo general aparece equiparada a mando y jefatura, o circunscrita a la esfera financiera o patrimonial de la entidad[30], no se debería descartar la que recae sobre otras personas –clientes, usuarios, colaboradores— u otras áreas estratégicas o recursos de la compañía. Por fin, las condiciones de trabajo no serían únicamente las físicas, sino que comprenderían las que repercuten en el ambiente de trabajo, incluidos los riesgos psicosociales.

El problema o la dificultad, tal y como se describe en algún documento de interés que se ocupa de esta materia[31], es que sobre el papel y el peso atribuido a todos estos elementos y variables podrían recaer a su vez prejuicios y sesgos de género que, en último término, desembocarían una vez más en minusvaloración o sobrevaloración de ciertos puestos de trabajo o tareas. Se ofrecen de ello algunos ejemplos, como valorar en menor medida o no hacerlo en absoluto las cualificaciones

[28] Si bien es cierto que el Instituto de la Mujer ya contaba con una herramienta y guía de uso de la misma que está disponible en su página web [https://www.igualdadenlaempresa.es/HerramientaSVPT/Guia_Uso_Hrrta_SVPT.pdf]. También desde otros ámbitos se ha intentado ilustrar sobre qué es la valoración de puestos con perspectiva de género. Por todas, GARCÍA GIL, M. B.: "Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género", *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género*, vol. 6, núm. 2, 2021, pp. 61-83. https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6136 (última consulta el 17 de enero de 2022).

[29] https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_101326.pdf (última consulta, 24 de enero de 2022).

[30] Y así y todo, el ser responsable de finanzas no exime de padecer una discriminación por razón de sexo, como pone de relieve la STSJ de Andalucía (Málaga), de 14 de febrero de 2018 (Rec.2089/17), en la que la responsable de ese departamento era una mujer que, pese a todo, en el período 2014-2016 había recibido el complemento por incentivos en cuantía sustancialmente inferior a la de los otros dos responsables varones de otros departamentos. El complemento lo atribuía discrecionalmente el gerente de la compañía. En el pleito la empresa opuso razones vagas y no justificó objetivamente el motivo de la diferencia, por lo que la Sala concluye confirmando la sentencia de instancia que había otorgado a la demandante la tutela solicitada, ordenando la restitución retroactiva de derechos y condenando a la empresa a abonar las diferencias salariales más una indemnización por la lesión del derecho de la trabajadora a la no discriminación en cuantía de 35.000 euros.

[31] *El trabajo de igual valor. Guía práctica para identificar puestos de trabajo de igual valor sin sesgos de género*, Euskal Autonomia Erkidegoko Herri Administrazioa - Lan eta Enplegu Saila / Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco - Departamento de Trabajo y Empleo, 2ª ed., 2021 [https://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/-/libro/el-trabajo-de-igual-valor/].

que se consideran innatas como las referidas, una vez más, al cuidado de la vida, la salud y el bienestar de las personas, el orden o la limpieza. Lo que no deja de llamar la atención si se comparan con la sobrevaloración de la fuerza física o el esfuerzo muscular. En la responsabilidad, porque –tal y como se acaba de decir— casi siempre aparece equiparada a jerarquía o capacidad de mando y decisión. O cuando se valora la autonomía atribuida a un puesto de trabajo como equivalente asimismo de jefatura y nivel jerárquico y no como lo que realmente significa, como inexistencia o menor incidencia de indicaciones, instrucciones u órdenes en el desempeño del trabajo, que puede perfectamente concurrir en los niveles inferiores o trabajos menos cualificados, frecuentemente ocupados por mujeres. En cambio, son manifestaciones de la asunción de responsabilidades mucho menos estudiadas las que recaen sobre los conocimientos, la propiedad industrial o intelectual de la empresa, y sobre los datos. Cuestiones como la protección de estos últimos, la confidencialidad, la denuncia de conductas inapropiadas (el poco estudiado aún *whistleblowing*), están poco tratadas, seguramente reconducidas a una noción o idea de responsabilidad de nuevo muy genérica, poco definida y entendida en los términos habituales de jerarquía y mando. Todo lo cual no está ni mucho menos desprovisto de sesgos.

Por último, la atribución de puntuaciones en el apartado de las condiciones de trabajo puede adolecer de este mismo problema. Por ejemplo, si no se considera o valora en menor medida la dureza psicológica, la carga mental, la exigencia de esfuerzo o la penalidad y sacrificio que conllevan ciertas tareas o puestos de trabajo feminizados. Puede ilustrar esta apreciación el asunto sobre el que versa la STSJ de Canarias, de 2 de julio de 2019 (Rec.369/19)[32], que confirma una sanción pecuniaria impuesta a un hotel por no haber realizado la valoración ergonómica de los puestos de trabajo del departamento de pisos; y en la que se pone de manifiesto cómo no existe duda alguna sobre los riesgos físicos que comporta subirse a un andamio o manipular una colada en un alto horno, pero en cambio se desprecien los que padecen y a los que se ven sin la menor duda sometidas las camareras de piso que han de adecentar y dejar en perfecto estado un número importante de habitaciones en cada una de sus extenuantes jornadas de trabajo. De hecho, existen estudios epidemiológicos que evidencian que las *kellys* constituyen un colectivo con cifras preocupantes en relación con el consumo de fármacos para combatir no sólo las dolencias músculo esqueléticas, sino también síntomas como la ansiedad, la depresión, los problemas de concentración o los trastornos del sueño[33].

Otro ejemplo reciente lo ofrece la STSJ de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Social, de 14 de julio de 2021 (Rec.327/21)[34], en la que se considera originada en accidente de trabajo la baja médica de una enfermera de un centro de salud que, encontrándose de guardia asistiendo a una lactante, fue víctima de amenazas y de una agresión verbal y física por parte de varios familiares de la paciente, provocando la declaración al día siguiente de una situación de incapacidad temporal derivada del estado de ansiedad consiguiente.

O, en fin, la aún más reciente –interesante a la par que criticada en algunos medios— STSJ de Canarias, de 27 de julio de 2021 (Rec.867/21), dictada en un procedimiento de conflicto colectivo cuya pretensión era la calificación como discriminatoria de la diferencia retributiva recogida en el convenio colectivo de aplicación existente entre las categorías de "peones" y "peones polivalentes". Consta en su relato fáctico, en primer lugar, que la empresa tenía contratado con el Ayuntamiento de Telde (Gran Canaria) la actividad de limpieza y recogida de residuos en las vías públicas de la ciudad; y que el convenio fijaba un salario diferente, de mayor cuantía, para los denominados "peones polivalentes" (la diferencia anual es de 1.490, 28 euros), mayoría hombres; mientras que la categoría de "peón" está ocupada mayoritariamente por mujeres. En la instancia se

[32] ECLI: ES:TSJICAN:2019:891.

[33] https://www.ccoo-servicios.es/archivos/Dossier%20consumo-farmacos-camareras-piso.pdf https://www.europapress.es/turismo/hoteles/noticia-70-camareras-piso-consumen-farmacos-manera-habitual-paliar-dolor-muscular-20190207142545.html (últimas consultas el 2 de octubre de 2021).

[34] ECLI*: ES:TSJCL:2021:2890.*

había desestimado la pretensión sobre la base de que las funciones desempeñadas por unos y otras eran distintas.

La Sala de suplicación comienza por estimar la revisión fáctica postulada por el Comité de empresa recurrente, en el sentido de constatar la clara mayoría de mujeres que realizan tareas de peón, 29 mujeres frente a 19 varones; así como el hecho de que estos últimos se encuentren sustituyendo a trabajadoras en situación de baja laboral, agrupando la categoría de peón polivalente a sólo dos mujeres frente a veinte hombres. Conforme a las definiciones que incorpora el convenio el peón es el "operario que se dedica a las funciones concretas y determinadas y para cuya ejecución se requiere únicamente la aportación de esfuerzo físico y atención, en jornada diurna"; y al peón polivalente, como "aquel que se dedica a las funciones de recogida o barrido a criterio del encargado, en horario nocturno o diurno y para cuya ejecución se requiere únicamente la aportación de esfuerzo físico y atención".

La decisión de la Sala parte de la apreciación de un "indicio discriminatorio con impacto adverso desproporcionado de género"[35], a partir del cual se analizan las semejanzas y diferencias en el contenido funcional de ambas categorías, llegándose a la conclusión de que los requerimientos en cuanto a formación, experiencia y capacidades son los mismos, "aportación de esfuerzo físico y atención". A continuación, se considera que las tareas efectivamente desempeñadas son asimismo similares o equiparables, pues ambos colectivos efectúan funciones de barrido, si bien el peón polivalente también "recoge trastos". Aunque sobre este extremo no se realizó en el procedimiento una concluyente actividad probatoria capaz de precisar en términos cuantitativos ni cualitativos en qué medida ello marcaba las diferencias con las tareas de los peones. A lo cual se suma el hecho de que las bajas temporales de unos se cubren habitualmente por los otros, lo que constituye una evidencia más de la fáctica equiparación de sus respectivos cometidos. Y, por fin, respecto de la nocturnidad de los polivalentes –que sí hubiera prestado soporte a la desigualdad retributiva—, tampoco resulta concluyente al no haberse acreditado la jornada nocturna realizada ni las diferencias de percepciones en función del tipo de jornada realizada (a todos se les paga igual). La conclusión es clara, con estimación del recurso, la Sala califica como discriminatoria ese dispar tratamiento retributivo, declara su nulidad y condena a la entidad demandada a retribuir a los peones a secas como a los polivalentes.

En definitiva, sin desconfiar de la fiabilidad y exactitud de la herramienta que está pronta a estar a disposición de las empresas para llevar a cabo esta difícil labor de valorar objetivamente los puestos de trabajo, no es fácil pronosticar si su uso va a garantizar en todo caso la neutralidad. Y, por el contrario, sí lo es que tanto nuestros órganos jurisdiccionales internos como el propio TJUE tendrán que seguir ocupándose de casos semejantes a los que aquí se han traído a colación. Si bien hay una cosa que sí ha quedado clara, el efecto directo en pleitos entre particulares del art.157 TFUE, en toda su extensión y comprensión.

5. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN ADELL, A.: "Anexo I: propuesta de herramienta para el análisis de la neutralidad o no de género de los sistemas de clasificación profesional a través del diferencial retributivo", GARRIGUES GIMÉNEZ, A., (Dir.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial,* Madrid, Reus, 2017.

CABEZA PEREIRO, J.: "La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica", *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012. [http://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/viewFile/6174/5822]

GARCÍA GIL, M. B.: "Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género", *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género*, vol. *6*, núm. 2, 2021. https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6136 (última consulta el 17 de enero de 2022).

[35] En expresión textual que recoge la propia ponente en POYATOS I MATAS, G.: "Trabajos de igual valor, discriminación salarial y justifica con perspectiva de género", *Net21* núm. 6, 2021 (visitada el 3 de noviembre de 2021).

LÓPEZ BALAGUER, M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: "La discriminación retributiva por razón de sexo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 431, 2019.

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*, vol. 9, núm. 2, 2021 (revista electrónica y de acceso abierto).

NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "Igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores de un mismo empresario aunque presten servicios en establecimientos distintos. Efecto directo horizontal del art. 157 TFUE", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2021. [https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001339

POYATOS I MATAS, G.: "Trabajos de igual valor, discriminación salarial y justifica con perspectiva de género", *Net21*, núm. 6, 2021.

nº 2 (1er Trimestre 2022)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

La STS de 1 de junio de 2021 y el derecho de sindicación de las trabajadoras sexuales

The STS of 1 June 2021 and the right to the unionisation of sex workers

FERNANDO FITA ORTEGA *Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universitat de València
https://orcid.org/0000-0001-5462-6859

Cita sugerida: FITA ORTEGA, F., "La STS de 1 de junio de 2021 y el derecho de sindicación de las trabajadoras sexuales". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 2 (2022)*: 135-141.

Resumen

La sentencia del Tribunal Supremo comentada trata de una cuestión que ha venido suscitando, y sigue haciéndolo, un acalorado debate político y jurídico, más intenso seguramente en estos ámbitos que en el social, donde quizá donde se pone el acento es en la cuestión de la trata de personas con fines de explotación sexual. Lo cierto es que fruto de esa controversia los tribunales han perdido, en ocasiones, la perspectiva con la que deben abordar los conflictos que giran en torno a la prostitución voluntariamente ejercida. Así sucedió con la sentencia de instancia que da pie a la del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2021, donde se reconduce el tema de la constitución de un sindicato de trabajadoras del sexo (OTRAS) a su valoración desde la perspectiva de la libertad sindical. De los debates políticos que rodearon el tema abordado por la sentencia, así como del debate jurídico desenfocado y del centrado en el análisis desde la última perspectiva comentada, trata el presente texto.

Palabras clave

Trabajo sexual; libertad sindical; asociacionismo obrero; prostitución

Abstract

The Supreme Court ruling discussed above deals with an issue that has been, and continues to be, the subject of heated political and legal debate, probably more intense in these areas than in the social sphere, where the emphasis is perhaps on the issue of trafficking for the purpose of sexual exploitation. The truth is that as a result of this controversy, the courts have at times lost sight of the perspective with which they should approach disputes surrounding voluntary prostitution. This was the case in the lower court ruling that gave rise to the Supreme Court ruling of 1 June 2021, in which the issue of the formation of a sex workers' union (OTRAS) was redirected to its assessment from the perspective of trade-union freedom. The present text deals with the political debates surrounding the issue addressed by the ruling, as well as the unfocused legal debate and the debate centred on the analysis from the latter perspective.

Keywords

Sex work; trade-union freedom; trade unionism; prostitution

1. LOS HECHOS CONTROVERTIDOS

El asociacionismo obrero ha constituido uno de los ejes sobre los que se ha construido el derecho del trabajo. Esa realidad asociativa y reivindicativa se ha materializado históricamente, pese a los obstáculos que hayan podido ir surgiendo, ante la necesidad de mejorar las condiciones de vida y de trabajo. Así ha sucedido con las prostitutas, que vienen organizándose, pese a las dificultades existentes para ello, desde mediados de la década de los años setenta del siglo XX.

En el caso español, ese movimiento organizativo institucionalizado de las trabajadoras sexuales cristalizó en 2018, cuando la Organización sindical de Trabajadoras Sexuales (OTRAS) surgió como consecuencia *de la necesidad de garantías sociales, judiciales y políticas de un grupo amplio de personas involucradas en un cambio profundo y necesario que deriva, entre otras cosas, del momento de convulsión ideológica mundial con el auge de las derechas radicales por un lado, y*

Fecha Recepción: 30/9/2021 - Fecha Revisión: 25/1/2022 - Fecha Aceptación: 26/1/2022
Pags. 135-141

los feminismos, por otro[1]. Este sindicato vio cómo el 4 de agosto de 2018 el Boletín Oficial del Estado publicaba la constitución del sindicato OTRAS y el depósito de los Estatutos del mismo, donde se definen como un sindicato de "trabajadoras sexuales" y en los que se identifica su ámbito funcional con la prestación de actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes.

Dicho depósito fue impugnado por parte del Ministerio Fiscal y de dos asociaciones (la Comisión para la Investigación de Malos Tratos a Mujeres y la Plataforma 8 de Marzo de Sevilla), al considerar que el ámbito funcional plasmado en los estatutos del sindicato implicaba que nos encontrásemos ante un sindicato cuyo objeto es la sindicación de la actividad de la prostitución ejercida por cuenta ajena, *la cual no puede ser objeto de contrato de trabajo, por lo que no puede reconocerse el derecho a fundar sindicatos ni afiliarse a los mismos a quienes ejerzan dicha actividad, pues la consecuencia necesaria de dicho reconocimiento sería a su vez el reconocimiento como una actividad empresarial lícita al proxenetismo, actividad que se encuentra proscrita por el derecho interno*.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2018 (Roj: SAN 4239/2018) resolvió en instancia la controversia, admitiendo la impugnación y declarando la nulidad de los estatutos del sindicato OTRAS. Dicha sentencia fue objeto de recurso de casación interpuesto por el Sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales, resuelto por la STS de 1 de junio de 2021 (Roj: STS 2252/2021) objeto de este comentario.

2. EL DEBATE POLÍTICO ACERCA DEL DERECHO DE SINDICACIÓN EN EL TRABAJO SEXUAL

En torno a la cuestión planeada ante el Tribunal Supremo acerca de la sindicación del trabajo sexual es posible apreciar, en primer lugar, un debate político mantenido a espaldas de la regulación jurídico-positiva vigente, lo que no es objetable a menos que produzca, como en el presente caso, consecuencias negativas para alguno de los sujetos involucrados. De este modo, en el caso que nos ocupa cabe apreciar semejante situación en la polémica suscitada en el seno del Gobierno socialista, que costó la injusta dimisión de la entonces Directora General de Trabajo, Concepción Pascual. Injusta pues dicha Dirección General no podía hacer otra cosa, ante la presentación de los Estatutos del sindicato denominado "Organización de Trabajadoras Sexuales" (OTRAS), que declarar la admisión de su depósito, tal y como se hizo en resolución de aquella Dirección General, por la que se admitía el depósito de la constitución del sindicato OTRAS, y en la que se indicaba la vía para atacar jurídicamente estos estatutos por defectos de fondo. A pesar de lo que entonces declaró la ministra de Trabajo, Magdalena Valerio, no se trató de ningún gol marcado, intencionadamente o por despiste, sino del cumplimiento de la legalidad vigente.

En este sentido, cabe recordar que, con anterioridad, la Audiencia Nacional había reprochado a la Administración la inadmisión por motivos de fondo del depósito de constitución de la asociación empresarial MESALINA, cuyo ámbito sectorial quedaba circunscrito *al servicio de la actividad mercantil consistente en la tenencia, o gestión, o ambas, de establecimientos públicos hosteleros destinados a dispensar productos o servicios que tengan como público objetivo terceras personas, ajenas al establecimiento, que ejerzan el alterne y la prostitución por cuenta propia*[2]. En aquella sentencia, la Audiencia Nacional indicó que, al denunciarse un vicio material y no formal, correspondía pronunciarse a los tribunales, sin quedase dentro de las competencias de la Dirección la de negarse al depósito de los Estatutos (fundamento jurídico cuarto).

Es con ocasión de estas decisiones cuando se pone de relieve cómo la ideología se antepone al derecho en el tratamiento de todo cuanto afecta al trabajo sexual, habiendo coincidido la decisión

[1] https://www.sindicatootras.org/-que-decimos-.html (acceso el 29 de septiembre 2021). Identificándose como profesionales del sector económico del sexo, este sindicato se declara abolicionista de toda forma de explotación y defiende una postura pro-derechos.

[2] SAN de 23 de diciembre de 2003, recurso 168/2003 (Roj: SAN 3834/2003).

política con un momento en el que, a pesar de las divergencias existentes en torno al tema, un sector del Gobierno con marcadas posiciones abolicionistas tomó partido, ignorando el derecho.

3. EL DEBATE JURÍDICO DESENFOCADO

Junto al debate político, cabe apreciar también un debate jurídico desenfocado, que pone el acento más en la cuestión de la legalidad o no de la prostitución que sobre el verdadero tema de fondo, que no es otro que el de la libertad sindical. Obedece, sin duda, este desvío de la cuestión, al controvertido debate en torno a la prostitución, el cual se ha visto incrementado en los últimos tiempos como consecuencia de los pasos dados por quienes propugnan medidas abolicionistas contra la prostitución.

Este debate desenfocado es el que mantuvo, tal y como se desprende de las argumentaciones empleadas, la Audiencia Nacional en su sentencia de 19 de noviembre de 2018, que se centró en analizar la cuestión de la legalidad de la prostitución por cuenta ajena, en lugar de abordar la cuestión desde el prisma de la libertad sindical y su aplicación al caso concreto[3]. En esta sentencia, la Audiencia Nacional estimó la impugnación y declaró nulos los Estatutos del sindicato OTRAS, al considerar que la delimitación del ámbito funcional del sindicato haciendo referencia a "actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes" suponía incluir tanto actividades respecto de las que no cabe duda que pueden ejercerse en el marco de una relación laboral -como son las referidas al alterne, la pornografía, la participación en espectáculos públicos con connotaciones eróticas...-, como el ejercicio de la prostitución bajo el ámbito organicista y rector de un tercero, lo cual como no resulta un objeto válido en el marco de un contrato de trabajo[4].

Argumentaba la Audiencia Nacional, en primer término, los compromisos internacionales asumidos por España. Se refería, así, al Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Prostitución Ajena, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2 de diciembre de 1949, y que se encuentra en vigor desde el 25 de julio de 1951 (BOE de 25-9-1962)[5]. Seguidamente hacía alusión al artículo 187.1, párrafo segundo, del Código Penal que, según esta sentencia, fue reflejo de la asunción de tales compromisos internacionales tuvo reflejo en el texto del Código penal[6]. El segundo argumento que aborda la sentencia de la Audiencia Nacional para estimar la impugnación de los Estatutos del sindicato OTRAS consiste en sostener que con no resulta posible, con arreglo a nuestro derecho, la celebración de contrato de trabajo cuyo objeto sea la prostitución por cuenta ajena.

---

[3] Así lo destacaba MIÑARRO YANINI, M.: "La libertad sindical de «todos» no alcanza a «las OTRAS»: la Audiencia Nacional confunde titularidad del derecho de libertad sindical con legalización de la prostitución", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 430, 2019.

[4] Dar validez a los Estatutos, supondría, según la Audiencia Nacional, dar carácter laboral a una relación contractual con objeto ilícito; admitir que el proxenetismo es una actividad empresarial; admitir, a su vez, el derecho de los proxenetas a crear asociaciones patronales con las que negociar condiciones de trabajo y frente a las que se pudieran adoptar medidas de conflicto colectivo; y asumir que de forma colectiva la organización demandada y los proxenetas y sus asociaciones puedan negociar las condiciones en la que debe ser desarrollada la actividad de las personas empleadas en la prostitución, disponiendo para ello de forma colectiva, de un derecho de naturaleza personalísima como es la libertad sexual.

[5] Tal y como se recuerda en la sentencia, el Convenio recoge el compromiso de la Partes firmantes del mismo tanto a quienes concierten o exploten la prostitución de otra persona, aun contando con su consentimiento, así como a quien mantenga una casa de prostitución o arriende un local para su ejercicio.

[6] En este artículo se tipifica como delito la conducta de *quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma*. Sin embargo, ni la doctrina penalista ni los tribunales del orden jurisdiccional penal han avalado nunca esta interpretación, al no calificar como delictiva la conducta del "empresario" que se lucra de la prostitución ajena, contando con el consentimiento de la persona prostituida. En este sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: "Lucrarse explotando la prostitución ajena, aún con el consentimiento: ¿cabe el reconocimiento de la prostitución consentida como una relación laboral?", *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 1049.

4. EL DEBATE JURÍDICO DESDE EL PRISMA DE LA LIBERTAD SINDICAL

La cuestión objeto de litigio fue reconducida a sus justos términos por la sentencia del Tribunal Supremo, objeto de este comentario, y por la que se resolvió el recurso de casación formulado ante la decisión de la Audiencia Nacional. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2021 realiza una aproximación al tema desde la perspectiva del derecho a la libertad sindical, alejándose de los debates acerca de la naturaleza jurídica de la relación existente entre las trabajadoras sexuales y sus empleadores, del de la calificación del trabajo en sí mismo desde el punto de vista moral y de la dignidad humana, y de su análisis desde la perspectiva de género, aspectos sobre los que, señala el Tribunal Supremo, se han deslizado *tanto la SAN recurrida cuanto en los escritos procesales que las partes han ido presentando.*

Centrado, pues, el litigio en una cuestión de naturaleza puramente sindical, el Tribunal Supremo parte de la aplicación del artículo 28.1 de la Constitución española, que dispone que todos tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales, aspecto este que constituye uno de los principios jurídicos fundamentales en que se basa el actual sistema de relaciones laborales en España (exposición de motivos de la Ley 11/1985, de Libertad Sindical). Junto a dicho fundamento jurídico, se invocan los Convenio 87 y 98 de la O.I.T. relativos, respectivamente, a la protección del derecho de sindicación y a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva; y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que reconoce asimismo el derecho de fundar sindicatos y afiliarse a los mismos (art. 12), y los derechos de negociación y acción colectiva (art. 28). Todo este argumentario jurídico permite al Tribunal Supremo concluir, como por otra parte es una afirmación consolidada, que la libertad sindical se configura como derecho de carácter instrumental que se reconoce a los trabajadores para ejercerlo frente a los empleadores, en defensa de sus intereses, partiendo de una conceptuación dual de las relaciones de trabajo con intereses contrapuestos.

Con estas premisas, la sentencia pasa a analizar los Estatutos del sindicato OTRAS, en cuyo artículo 4 se señala que: *El sindicato desarrollará sus actividades en el ámbito funcional de las actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes*, cláusula que en la sentencia se pone en relación con lo dispuesto en el artículo sexto de tales Estatutos, que dispone que: *Podrán afiliarse al Sindicato todos los trabajadores por cuenta ajena, sin distinción de ningún tipo por carácter de género o de orientación sexual y/o identidad sexual*. De ambos preceptos, en la sentencia se concluye que por la expresión "trabajo sexual en todas sus vertientes", contenida en la delimitación funcional del sindicato OTRAS, ha de entenderse aquél definido en el ámbito de aplicación material del Estatuto de los Trabajadores (art. 1.1.), esto es, aquel que se presta por cuenta ajena y dentro del ámbito de dirección y organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. Y teniendo en cuenta que en ámbito de la prostitución no hay, conforme al derecho actualmente vigente, posibilidad de que exista una relación laboral, ésta quedaría fuera del ámbito funcional descrito en los Estatutos del sindicato, pues la referencia al trabajo sexual quedaría limitada *a quienes tienen una relación laboral estatutaria, esto es, de acuerdo con el ET*, por lo que estima ajustados a Derecho los Estatutos del sindicato OTRAS.

5. UNA CONSIDERACIÓN CRÍTICA A LA STS DE 1 DE JUNIO DE 2021

El Tribunal Supremo centra adecuadamente la cuestión objeto de litigio sin dejarse atrapar por el debate acerca de la ilegalidad o legalidad de la prostitución por cuenta ajena, cuestión ésta sobre la que, en todo caso, reitera su posición consistente en considerar que, con el actual Derecho vigente, la misma no puede ser objeto de un contrato de trabajo. El Tribunal Supremo delimita la cuestión, pues, desde la perspectiva del derecho sindical, y es desde ese ámbito que resuelve la litis, admitiendo la validez de los Estatutos del sindicato OTRAS, que no da cabida a la prostitución por cuenta ajena, ya que ésta queda fuera del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, al

que se remite para identificar la polémica expresión "trabajo sexual en todas sus vertientes" recogida en aquéllos.

De esta sentencia se desprende, pues, que el ámbito funcional del sindicato OTRAS se limita a todo el trabajo sexual que puede constituir objeto del contrato de trabajo: actrices porno, bailadoras eróticas, etc., incluyendo el trabajo de "alterne" (aunque, ciertamente, la delimitación de lo que constituya trabajo sexual lícito posiblemente será cuestionada en el futuro). De este modo, únicamente quedaría excluida de su ámbito de aplicación la prostitución por cuenta ajena, que no tiene cabida, según doctrina reiterada del propio Tribunal, en una relación laboral. Por lo que se refiere a la prostitución por cuenta propia, y puesto que ésta no es una actividad prohibida por la normativa española, al sindicato podrán afiliarse quienes la ejerzan en estas condiciones, sin que puedan constituir un sindicato, tal y como se desprende del artículo 3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

Con esta interpretación el Tribunal Supremo consigue superar, como propugnaba la representante del sindicato OTRAS, la visión reduccionista del trabajo sexual que, ignorando la realidad, lo reconduce a la prostitución, en una tendencia invisibilizadora del trabajo sexual que constituye una constante en su tratamiento. En efecto, el trabajo sexual va más allá de la prostitución, de modo que, si bien ésta no es más que una manifestación de aquel concepto, el trabajo sexual abarca una realidad más amplia que la integrada por la prostitución, esto es, de aquella actividad consistente en mantener relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero. La prostitución es, pues, trabajo sexual, pero no es la única actividad que abarca el trabajo sexual. El cine y la fotografía pornográfica[7] -no así la novela o poesía pornográfica[8]-, los teléfonos y espectáculos eróticos (striptease, lap dancers, burlesque, peep-shows, pole dancing…), las web-cam de contenido sexual, etc., son todas actividades de carácter sexual que no implican el mantenimiento de una relación física.

En todo caso, a la sentencia cabe formular, desde mi punto de vista, dos objeciones. La primera, porque refuerza la artificiosa diferenciación entre "alterne" y "prostitución" que vienen manejando los tribunales laborales españoles, y que son condiciones, en la gran mayoría de ocasiones, compartidas por una misma persona que, si bien no podrá afiliarse -o fundar sindicatos- en cuanto prostituta, sí podrá hacerlo como persona que ejerce el alterne por cuenta ajena. Por otra parte, siendo ésta la solución encontrada por los tribunales del orden social para dispensar un mínimo de protección a quienes se encuentran en un limbo legal, resulta paradójico que mientras otras ramas del ordenamiento jurídico muestran sensibilidad hacia la persona que ejerce la prostitución de forma voluntaria[9], sean los tribunales encargados de aplicar el derecho del trabajo -con un tradicional espíritu tuitivo de la persona trabajadora-, los que estén, precisamente, negando derechos laborales a las prostitutas, perpetuando su situación de vulnerabilidad frente a su empleador.

[7] Concepto éste que tampoco es pacífico. Al respecto, MALEM SEÑA, J. F.: "Acerca de la pornografía", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. II, 1992.

[8] Pese a que etimológicamente el término se refiera a la escritura (*grafía*) relativa a la prostitución (*porneia*) [NUBIOLA, J. y BERNAL, J. R.: "Pornografía" en *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. VI, Pamplona, Aranzadi, Thomson-Reuters, 2012, p. 263], el trabajo sexual implica un trabajo corporal.

[9] Como sucede con el orden jurisdiccional penal, que aplica el delito contra los derechos de los trabajadores incluso en aquellos casos en los que la jurisdicción social se ha pronunciado negando la existencia de un contrato de trabajo, pues el Código Penal *no protege las consecuencias de un contrato de trabajo formalmente válido, sino la situación de personas que prestan servicios para otra,* pues *de lo contrario el más desprotegido debería cargar también con las consecuencias de su desprotección* (SSTS (Penal) de 12 de abril de 1991 (Roj: STS 9711/1991; Roj: STS 10754/1991 y Roj STS 2035/1991), criterio seguido por las Audiencias Provinciales. Así, por todas, SAP de Castellón de 28 septiembre (Roj: SAP CS 53/2018). Interpretación que, por lo demás, ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 163/2004, de 4 de octubre.

La segunda, de mayor calado, por cuanto ignora la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del derecho fundamental de la libertad sindical[10]. En efecto, este Tribunal, en su sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, declaró que: *La concepción según la cual el derecho de libertad sindical se ejercería exclusivamente por quienes ostentan la condición de trabajador en sentido legal, es decir, por quienes "sean sujetos de una relación laboral" (en los términos del art. 1.2 de la Ley Orgánica de libertad sindical: LOLS), no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental, ejercitable, entre otras finalidades posibles en la defensa de los intereses de los trabajadores, para llegar a ostentar tal condición jurídico-formal*.

En esta sentencia se resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado respecto, entre otros, de la redacción dada al art. 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en virtud de la LO 8/2000. Tras la reforma operada por ésta última ley, el artículo 11.1 de la LO 4/2000, reconocía el derecho de sindicación, o afiliación a una asociación profesional, de los ciudadanos extranjeros, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, pudiendo ejercer estos derechos únicamente cuando obtuviesen *autorización de estancia o residencia en España*, constituyendo este último inciso el motivo que suscitó las dudas de constitucionalidad de este precepto.

En su sentencia, el TC declara la inconstitucionalidad del referido precepto invocando disposiciones de carácter internacional, así como la interpretación del art. 28.1 efectuada por el propio Tribunal Constitucional. De este modo, se argumenta que, siguiendo el criterio interpretativo ex art. 10.2 CE, ha de tenerse en cuenta el reconocimiento del derecho de asociación y sindicación de toda persona previsto en la normativa internacional (art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art. 22 PIDCP; el art. 8 PIDESC; el art. 11.1 CEDH; la Carta Social Europea o los Convenios nº. 87 y nº. 98 de la OIT). Por ello, se considera que el artículo 28.1 de la CE reconoce la titularidad del derecho de libertad sindical *a "todos" los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a "todos" los sindicatos,* de tal manera que *no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros, aunque lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo y, en consecuencia, para la obtención de la condición jurídico-formal de trabajador….* Por estos motivos, la sentencia, declaró la inconstitucionalidad del art. 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por ser contrario al art. 28.1 CE, si bien solamente por lo que se refiere al derecho a sindicarse libremente, pero no al derecho a afiliarse a una organización profesional.

La fundamentación de esta sentencia resulta plenamente aplicable al caso de la prostitución, pues no siendo quienes la ejercen sujetos de una relación laboral según la doctrina mantenida por los tribunales laborales en interpretación de la normativa vigente[11], resulta que son igualmente titulares del derecho fundamental de libertad sindical*, ejercitable, entre otras finalidades posibles en la defensa de los intereses de los trabajadores, para llegar a ostentar tal condición jurídico-formal.* Teniendo en cuenta que tampoco resulta compatible con el derecho a la libertad sindical *la limitación consiguiente que deriva para el derecho de los sindicatos de defender y promover los intereses de estos trabajadores.*

Análoga conclusión se ha alcanzado por Tribunales Constitucionales de otros países, como el caso de Sudáfrica, país donde este tribunal, en sentencia de 26 de mayo de 1999 (*SANDU v Minister of Defense*, Case CCT 27/98) extendió el concepto de "trabajador" más allá de los límites

[10] En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: "El concepto-tipo jurídico-material de trabajador a efectos de la libertad sindical: razones normativas de las «trabajadoras del sexo» para su disfrute", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, 2019.

[11] Para el caso de que dicha normativa evolucionase hacia su reconocimiento como actividad laboral, señala la sentencia del TS objeto de este comentario que, si en algún momento el legislador considerase que también cabe la prostitución por cuenta ajena, *no sería necesario adaptar los Estatutos del sindicato para dar cabida en la asociación a las personas que desarrollaren esa actividad*.

derivados de la existencia de una relación laboral. Haciéndose eco de esta sentencia, la resolución del *Labour Appeal Court* (Johannesburgo) en el asunto *Kylie v Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others* (Case No.: CA10/08) reconoce que siendo "trabajadoras" a pesar de que la actividad que ejercen es ilegal en su país, las prostitutas tienen derecho a la libertad sindical, sea para constituir sindicatos o afiliarse a uno, de modo que solamente podría negarse su inscripción en el correspondiente registro, si la finalidad del sindicato constituyese la promover la comisión de un delito (apartado 58).

Si, en el caso de que la prostitución esté criminalizada, como en Sudáfrica, se ha sostenido que esta circunstancia no podría privar de derechos fundamentales, como la dignidad, menos todavía se comprende que, en una situación de alegalidad de la prostitución, los tribunales laborales se empeñen en privar a las prostitutas aquellos derechos que la Constitución les reconoce.

6. BIBLIOGRAFÍA

MALEM SEÑA, J. F.: "Acerca de la pornografía", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. II, 1992.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: "Lucrarse explotando la prostitución ajena, aún con el consentimiento: ¿cabe el reconocimiento de la prostitución consentida como una relación laboral?", *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.

MIÑARRO YANINI, M.: "La libertad sindical de «todos» no alcanza a «las OTRAS»: la Audiencia Nacional confunde titularidad del derecho de libertad sindical con legalización de la prostitución", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 430, 2019.

MOLINA NAVARRETE, C.: "El concepto-tipo jurídico-material de trabajador a efectos de la libertad sindical: razones normativas de las «trabajadoras del sexo» para su disfrute", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, 2019.

NUBIOLA, J. y BERNAL, J. R.: "Pornografía" en *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. VI, Pamplona, Aranzadi, Thomson-Reuters, 2012.

El despido disciplinario con prueba lesiva de derechos fundamentales y su calificación: ¿formulación, aclaración o modificación de la doctrina constitucional? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo, sala 1ª, rec. Amparo 6838-2019)

Disciplinary dismissal with evidence of harm to fundamental rights and its qualification: formulation, clarification or modification of the constitutional doctrine? (Comment on the Ruling of the Constitutional Court 61/2021, of 15 March, 1st Chamber, amparo action 6838-2019)

JESÚS BAZ RODRÍGUEZ *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*
Universidad de Salamanca
https://orcid.org/0000-0003-3950-5893

Cita sugerida: BAZ RODRÍGUEZ, J. "El despido disciplinario con prueba lesiva de derechos fundamentales y su calificación: ¿formulación, aclaración o modificación de la doctrina constitucional? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo, sala 1ª, rec. Amp". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 2 (2022*): 143-152.

Resumen

La STC 61/2021, de 15 de marzo vino a avalar la constitucionalidad de la desvinculación entre la nulidad de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales de la persona trabajadora en su realización y la nulidad del despido. Dicha doctrina constitucional aborda la controvertida temática de la interpretación del artículo 55.5 ET desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), calificando la misma como mera cuestión de legalidad ordinaria. Se formulan en el texto algunos apuntes críticos a propósito de la fundamentación jurídica de dicha doctrina constitucional, que abandona la interpretación de la legalidad en atención a la efectividad de los derechos fundamentales y su tutela en clave de reparación integral de la lesión, finalizando con una valoración del impacto de la reformulada doctrina constitucional sobre las garantías de los derechos digitales laborales de las personas trabajadoras, dada su particular relevancia en el terreno de las pruebas tecnológicas.

Palabras clave

prueba ilícita; derechos fundamentales; despido disciplinario; tutela judicial efectiva; prueba tecnológica; derechos digitales laborales

Abstract

The STC 61/2021, of 15 March, endorsed the constitutionality of the dissociation between the nullity of the unlawful test due to the violation of the fundamental rights of the worker in its execution and the nullity of the dismissal. This constitutional doctrine addresses the controversial issue of the interpretation of Article 55.5 ET from the perspective of the constitutional right to effective judicial protection (Article 24 EC), classifying it as a mere question of ordinary legality. Some critical notes are made in the text regarding the legal basis of this constitutional doctrine, which abandons the interpretation of legality in favour of the effectiveness of fundamental rights and their protection in terms of full reparation of the injury, ending with an assessment of the impact of the reformulated constitutional doctrine on the guarantees of the digital labour rights of workers, given its particular relevance in the field of technological evidence.

Keywords

unlawful proof; fundamental rights; disciplinary dismissal; effective judicial protection; technological proof; digital labour rights

Fecha Recepción: 8/10/2021 - Fecha Revisión: 23/12/2021 - Fecha Aceptación: 24/12/2021
Pags. 143-152

1. LA STC 61/2021, DE 15 DE MARZO (CASO "AMADEUS SOLUCIONES TECNOLÓGICAS, SA"). ANTECEDENTES Y SÍNTESIS DEL PRONUNCIAMIENTO: LA DESVINCULACIÓN ENTRE LA NULIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA Y LA NULIDAD DEL DESPIDO

La STC 61/2021, de 15 de marzo (Caso "Amadeus Soluciones Tecnológicas, SA"), por la que se resuelve el Recurso de amparo 6838/2019, ha venido a abordar un asunto largamente controvertido en el debate jurídico-laboral, en el que la doctrina judicial emanada de Salas de lo Social de los TTSSJJ venía exhibiendo posiciones interpretativas notoriamente discrepantes. Concretamente, se avala la constitucionalidad de aquella línea de interpretación del artículo 55.5 ET (en relación con los artículos 90.2, 108.2 LRJS y 11.1 LOPJ) según la cual no han de calificarse como nulos los despidos disciplinarios en los que no se acredite que la decisión extintiva adoptada por la empresa persiguiese o tuviese como móvil la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, con independencia de que el empresario, en su labor de acreditación y prueba de los incumplimientos, hubiese obtenido pruebas ilícitas con vulneración de los derechos fundamentales. La doctrina constitucional sentada en el pronunciamiento aquí comentado afirma que dicha línea interpretativa es conforme con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en su faceta de derecho a la obtención de una resolución motivada y fundada en derecho, al no incurrir en irrazonabilidad, arbitrariedad o error de hecho patente. Respeta las exigencias constitucionales el órgano jurisdiccional, a juicio del TC, cuando decide excluir la prueba ilícita y continuar el enjuiciamiento con otras pruebas lícitas no vinculadas a aquélla, que acrediten los hechos correspondientes a la causa esgrimida, o bien a otras causas. Sí vulnera el artículo 24.1 CE, en cambio, por incongruencia material, la desatención por parte de la resolución judicial de la pretensión indemnizatoria de la persona trabajadora derivada de la vulneración de sus derechos fundamentales con motivo de las actuaciones probatorias ilícitas, basada en el artículo 183.1 LRJS.

Sobre los antecedentes de hecho relevantes para la resolución del recurso de amparo, señalar, en apretada síntesis, que la trabajadora actuante (profesional con categoría de Project Office) prestaba servicios desde 1979 para la entidad "Amadeus Soluciones Tecnológicas, SA", organización en la que se venían aplicando "normas de uso aceptable de los sistemas de información, internet y correo electrónico" conocidas por ella. En la carta de despido, basada en el artículo 54.2 ET, apartados b), c) y d), se le imputaban diversos incumplimientos laborales acreditados a partir de la monitorización de su equipo informático: la dedicación solamente de en torno al 30 % de la jornada laboral a labores profesionales, "empleando el 70% de la jornada restante a solventar cuestiones del ámbito de su esfera personal, o sencillamente, a no realizar labor alguna". Frente al despido, la trabajadora interpone demanda ante los Juzgados de lo Social, esgrimiendo la vulneración de su dignidad (artículo 10.1 CE) y de sus derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (artículos 18.1 y 3 CE) como consecuencia de la citada monitorización, reclamando la nulidad del despido (o subsidiariamente su improcedencia) así como la condena a la empresa de una indemnización por los daños materiales y morales ocasionados por la intromisión ilegítima llevada a cabo. El Juzgado de lo Social Nº 19 de Madrid, en Sentencia de 19-11-2017 estimó parcialmente la demanda, apreciando la vulneración de tales derechos y declarando la nulidad del despido, de acuerdo con el artículo 55.5 ET, por haberse producido "con vulneración de derechos fundamentales", por cuanto que la monitorización del ordenador, en las concretas condiciones en que se llevó a cabo, no estaba justificada desde el punto de vista de su necesidad y se verificó en condiciones desproporcionadas (con cita de la STEDH 5-12-2017, Caso *Barbulescu II*), pudiéndose haber alcanzado el objetivo empresarial a través de actuaciones menos invasivas. Se condena así a la empresa a una indemnización de 6.251 Euros, siguiendo la doble finalidad resarcitoria y preventiva contemplada por el artículo 183 LRJS, acogiendo como parámetro de cuantificación el importe de las multas previstas en la LISOS (artículo 40.1 c)) para las actuaciones empresariales contrarias a tales derechos fundamentales. No se estima, en cambio, la

cuantía indemnizatoria de un año de salario reclamada por la trabajadora (51.439,40 Euros); como tampoco la apreciación de una conducta de acoso laboral por parte de la empresa.

Interpuesto Recurso de suplicación, la STSJ Madrid 13-9-2018 acoge el argumento de la empresa según el cual, aun desechándose la prueba documental en la que constaba el resultado de la monitorización por haber sido declarado ilícita, se debía estimar la procedencia, o subsidiariamente la improcedencia del despido, y no su nulidad, en función de si quedan o no probados los incumplimientos contractuales alegados en la carta de despido a partir de una valoración del resto de las pruebas no excluidas. Se abogaba pues, en el citado pronunciamiento, por la tesis de la distinción entre el despido con violación de derechos fundamentales y la infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba, negando además a partir de dicha argumentación la condena indemnizatoria *ex* artículo 183 LRJS, al declararse el despido como improcedente.

Inadmitido a trámite el Recurso de casación para la unificación de doctrina interesado por ambas partes (ATC 24-9-2018), la trabajadora presenta la demanda de amparo ante el TC frente a ambas resoluciones judiciales. Recurso que es admitido a trámite por la Sala Primera del TC, al apreciar la concurrencia de una especial trascendencia constitucional (artículo 50.1 LOTC), dado que el mismo planteaba un problema, o afectaba a una faceta del derecho fundamental "*sobre el que no hay doctrina del tribunal*" (en los términos de la STC 155/2009). La representación letrada de la empresa, en sus alegaciones frente al otorgamiento del amparo solicitado, se aferra a la tesis según la cual la consecuencia de la obtención de una prueba de forma ilícita se encuentra tasada en el ordenamiento jurídico (artículos 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS) y consiste exclusivamente en la eliminación de la misma del procedimiento judicial. A partir de lo cual, se considera que la STSJ Madrid 13-9-2018 satisfizo plenamente el estándar de razonabilidad y motivación reforzada utilizado por el TC para valorar las vulneraciones del artículo 24.1 CE, sin que a éste competa la creación de una nueva causa de nulidad del despido que opere de forma objetiva y automática. Se esgrime, en suma, la ausencia de conexión legislativa entre la ilicitud de la prueba y la calificación del despido disciplinario, pues en un caso se actúa sobre la fuente de la prueba y en el otro sobre la calificación del despido, quedando reservada la nulidad para cuando el móvil del despido sea la vulneración de los derechos fundamentales. Y al tiempo se tilda al recurso como una suerte de "supercasación" que pierde de vista el objeto propio del amparo constitucional, al pretenderse del TC un pronunciamiento sobre cuestiones de legalidad ordinaria.

El Ministerio Fiscal, por su parte, en sus alegaciones, sí que interesaba en cambio el otorgamiento de amparo, al considerar vulnerado el artículo 24.1 CE, en relación con los artículos 18.1 y 3 CE. Recuerda éste que la doctrina constitucional sobre los efectos de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales se plasma fundamentalmente en los procesos penales y está vinculada al principio de presunción de inocencia. Y subraya al tiempo la relevancia, como destacado precedente en la materia, de la STC 196/2004: dicho pronunciamiento consideró que, conforme a una constante doctrina del TC, la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por un despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos: esto es, la nulidad del mismo. Apunta no obstante el Fiscal, que en todos los precedentes constitucionales se habían enjuiciado procesos en que la vulneración del derecho fundamental se producía en el despido mismo (despido del trabajador por un "acto lícito" de éste, en ejercicio de sus derechos fundamentales: libertad de expresión o libertad sindical). En este sentido, se considera infundada y "radical" la interpretación literal del artículo 55.5 ET, pues supondría dar los mismos efectos del despido nulo a supuestos diferentes: a) despidos en que la causa única surge de la violación del derecho fundamental, aunque no sea el hecho de despedir el que viola el derecho fundamental; y b) vulneraciones del derecho fundamental al obtener las pruebas, cuando del resto de pruebas lícitas se justifique la infracción laboral. En el caso analizado, a juicio del Fiscal, el empresario alegaba varios motivos y causas de despido, pero la única con gravedad suficiente era precisamente la acreditada a través de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, por lo que la interpretación congruente con el artículo 55.5 ET era la nulidad del

despido. No se considera errónea, así las cosas, la tesis interpretativa de la STSJ Madrid 13-9-2018, sino más bien su aplicación al caso concreto.

2. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y SUS PREMISAS ARGUMENTALES BÁSICAS: EL EXAMEN DE LA CUESTIÓN DESDE EL PRISMA Y ALCANCE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ARTÍCULO 24 CE) Y SU CONSIDERACIÓN COMO CUESTIÓN DE LEGALIDAD ORDINARIA

El pronunciamiento del TC, como se ha apuntado, afronta esencialmente la demanda de amparo a partir del canon de enjuiciamiento del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE -en relación con los derechos sustantivos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (artículos 18.1 y 3 CE)-, en su vertiente de derecho a una respuesta motivada y razonada sobre las pretensiones esgrimidas judicialmente. Se descarta la afectación de los citados derechos sustantivos, al haberse producido una "*lesión extraprocesal*" causada por la empresa al monitorizar el ordenador para justificar el despido. En este sentido, afirma la doctrina constitucional que del contenido esencial de los citados derechos fundamentales "no dimana ni una exigencia, ni un derecho subjetivo que pueda amparar la calificación del despido disciplinario (…) como nulo": de ser así, los derechos fundamentales, además de concretar un espacio determinado de libertad, integrarían en su contenido esencial el derecho subjetivo a la ineficacia de los actos atentatorios de su intangibilidad. De este modo, se afirma que *entre la lesión empresarial de un derecho fundamental y la calificación judicial del despido no hay una "consecutividad lógica y jurídica"*, de modo que "*no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo*". A partir del citado planteamiento, por consiguiente, el objeto de amparo se focaliza exclusivamente en el ámbito material de protección derivado del artículo 24 CE, el cual se satisface con la obtención de una resolución judicial no incursa en error de hecho patente, irrazonabilidad o arbitrariedad.

Una vez ubicado el razonamiento jurídico en dicho estricto ámbito de protección constitucional, se somete a análisis la respuesta otorgada a las pretensiones del recurrente por parte de la STSJ Madrid 13-9-2018, cuya línea argumental restringía la vulneración de los derechos fundamentales conducente a la nulidad del despido a la concurrencia de un móvil lesivo, separando, por consiguiente, las vulneraciones producidas por la decisión extintiva empresarial de las derivadas del proceso de obtención de pruebas para acreditar los incumplimientos. Se considera, en suma, que dicha interpretación judicial del artículo 55.5 ET -aunque no unánime, al existir posiciones interpretativas discrepantes en la doctrina judicial de los TSJ- que descarta establecer una suerte de correlación directa entre la nulidad de la fuente de prueba y la nulidad del despido -dejando abiertas las calificaciones de procedente o improcedente a la concurrencia de otras pruebas posibles, desconectadas de la obtenida con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas- no puede ser calificada como arbitraria ni manifiestamente irrazonable, al tener un "anclaje positivo" en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otra parte, el TC viene a rechazar que la interpretación contraria a la efectuada por la sentencia recurrida, acogida por la trabajadora demandante, pueda ser respaldada por ninguno de los pronunciamientos recaídos en la jurisprudencia constitucional previa citados en la demanda de amparo (SSTC 125/2018 y 92/2008), que nada tuvieron que ver con la "ilicitud de prueba alguna". Como tampoco, con idéntico argumento, en la STC 196/2004, citada por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones. De este modo, en definitiva, el TC se abona finalmente a la premisa según la cual la interpretación del artículo 55.5 ET y su previsión de la nulidad del despido producido "con vulneración de derechos fundamentales" se situaría en el estricto ámbito de la legalidad ordinaria, ajeno, por tanto, en tanto que mero "*control externo*", al ámbito material del recurso de amparo constitucional. Se afirma así contundentemente que "No es esta sentencia el marco adecuado para exponer los elaborados argumentos favorables y contrarios a cada una de las dos interpretaciones del mencionado precepto, que, incluso utilizando los mismos métodos de interpretación, alcanzan conclusiones opuestas" (F.J. 5º).

Sí que comparte la sentencia comentada la argumentación del Ministerio Fiscal, relativa a la decisión del TSJ de Madrid de dejar sin efecto la indemnización reconocida por la sentencia de instancia en favor de la trabajadora demandante, calificando dicha actuación judicial como un supuesto de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho a una resolución motivada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones deducidas en el proceso. La resolución impugnada resulta en este punto "incongruente, ilógica y contradictoria", una vez que la misma había efectivamente declarado la lesión de los derechos fundamentales de la trabajadora causada por el empleador como consecuencia de la monitorización injustificada y desproporcionada de su dispositivo digital, calificación posteriormente negada para reconocer y determinar la indemnización reclamada. Incurre así la sentencia de suplicación en una "incongruencia interna" que no deja de existir porque el despido haya sido declarado improcedente. Se remite la sentencia a la propia literalidad del artículo 183.1 LRJS, norma que exige a la sentencia que declare la existencia de vulneración de un derecho fundamental un pronunciamiento sobre la cuantía de la indemnización. Y es que dicho remedio indemnizatorio no se hace depender en el citado precepto de la calificación del despido, sino del reconocimiento de que la trabajadora ha sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales, con independencia de la calificación del despido.

3. APUNTES CRÍTICOS SOBRE AMBOS PILARES ARGUMENTALES: LA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL DE UNA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA LEGALIDAD ACORDE A LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU TUTELA EN CLAVE DE REPARACIÓN INTEGRAL DE LA LESIÓN

Son sin duda múltiples los aspectos, dimensiones y, en definitiva, ángulos de análisis que se encuentran involucrados en el debate argumental, no precisamente de menor calado, abiertos por el pronunciamiento constitucional que aquí se comenta. El Voto Particular formulado a la sentencia por parte de la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón, de hecho, pone el foco de su análisis en el cuestionamiento frontal de los dos pilares básicos del aparato argumental sobre el que reposa todo el razonamiento jurídico: a) la consideración del objeto de la discusión como una cuestión de legalidad ordinaria; y b) la aplicación del restrictivo canon valorativo *ex* artículo 24.1 CE, en su faceta de derecho a una resolución motivada y fundada en derecho, dotada de "anclaje positivo" en nuestro ordenamiento simplemente al estar carente de arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente.

Vaya por delante nuestra sustancial coincidencia con la posición discrepante con la doctrina mayoritaria de la Sala formulada en el citado Voto Particular. Se encuentra plenamente justificado, en nuestra opinión, considerar que la cuestión sometida a examen no era una simple cuestión de legalidad ordinaria, al afectar la misma al ámbito material de las consecuencias que han de derivarse de la vulneración de los derechos fundamentales. No en vano, el artículo 55.5 ET es un precepto directamente conectado con la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales; de tal forma que en la determinación de su alcance aplicativo y consecuencias no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse "un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental" invocado ante el órgano judicial. Las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva, en tales casos, deberían ser distintas, más estrictas y reforzadas cuando, a pesar de no versar directamente la decisión judicial sobre la delimitación de los contornos técnicos de un derecho fundamental, uno de tales derechos, distintos de la tutela judicial efectiva, se encuentren "implicados", "vinculados", "conectados", "en juego" o "afectados" por tal decisión – siguiendo la diversa terminología textualmente empleada por una extensa y consolidada doctrina del propio TC, cuyos principales exponentes son expresamente aludidos en el Voto particular (SSTC 25/2000; 63/2001; 164/2003; 186/2003; 192/2003; 11/2004; 71/2004; 63/2005; 180/2005; 224/2007; ó 92/2008). Como punto de partida, por consiguiente, en un caso como el analizado, además de una resolución motivada y fundada en derecho, el canon valorativo debería de consistir

en la exigencia de "una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego, que exprese o trasluzca una argumentación axiológica que sea respetuosa con su contenido".

A partir de la asunción de este canon reforzado de protección, entendemos, en la línea argumental del Voto Particular, que debería cobrar relevancia el hecho de que, en el supuesto analizado, *fue justamente la actuación ilícita de la empresa*, vulneradora de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones -tal y como se declaró judicialmente por la propia STSJ Madrid 13-9-2018 impugnada- *el auténtico acto de génesis de la decisión extintiva*. Ante casos de estas características, en los que, recordemos, *la prueba ilícita se recogió en la carta de despido*, la distinción entre decisiones extintivas que vulneran un derecho fundamental y vulneraciones ocasionadas en el proceso probatorio, resulta ciertamente forzada o incluso artificiosa: no son actos separables, al presentar una "unidad de acción y de intención" para obtener el resultado extintivo perseguido. Y en tal medida se aleja de la interpretación del artículo 55.5 ET (despidos "con vulneración de derechos fundamentales") más acorde con la protección efectiva de aquellos, alineada con el principio de interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales (STC 200/2014).

Se aparta notoriamente de dicho principio, entendemos, una interpretación judicial del citado precepto estatutario como la impugnada, que confina a la completa irrelevancia calificatoria la metodología y los procedimientos de actuación empresarial seguidos para llevar a cabo un despido disciplinario. Y es que dicha conclusión impide un resarcimiento integral de los perjuicios derivados de la lesión del derecho fundamental: no basta para ello como sucede en los procesos penales, con declarar que la prueba es ilegal y excluirla de su valoración judicial: en un proceso laboral por despido resulta preciso en cambio, en aras de lograr el resarcimiento pleno de la vulneración y la reposición de la situación jurídica anterior a la lesión, la declaración de la nulidad del despido prevista en el artículo 55.5 ET.

Especial importancia reviste en este terreno, como destacado precedente en la doctrina constitucional, la STC 196/2004, de 15 de noviembre, relativa al conocido supuesto del despido de una trabajadora a partir de un análisis clínico del que se obtuvo información por parte de la empresa relativa al consumo de estupefacientes, llevado a cabo sin información previa sobre su finalidad. Si bien en aquel supuesto no se reconoció la vulneración del derecho fundamental por parte de la resolución de suplicación impugnada -sí previamente por el Juzgado de lo Social, y posteriormente por el propio TC-, sí que resulta extrapolable al caso analizado el efecto o consecuencia que dicho precedente concedió a la vulneración del derecho fundamental, determinándose la eliminación completa de los efectos de aquella a través de la nulidad del despido. Que dicho precedente, en el que se consagra efectivamente la nulidad del despido, versaba sobre un supuesto de prueba obtenida ilícitamente con vulneración de derechos fundamentales, constituye una aportación argumental difícilmente soslayable. También, por cierto, a los efectos de considerar el criterio interpretativo avalado por la STC 61/2021 como una modificación explícita de su doctrina previa, que hubiese merecido quizá su sometimiento a la decisión del Pleno del TC (artículo 13 LOTC).

No menos compartible resulta el rechazo, denunciado por el Voto Particular, a la ponderación judicial de la contemplación de otros hechos incluidos en la carta de despido, como si se tratase de un despido pluricausal. En puridad, como se sabe, dicha categoría hace referencia a aquellos despidos disciplinarios en los que, frente a la presentación de un panorama indiciario de lesión de un derecho fundamental, el empresario logra probar que el despido obedece realmente a la concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador que justifican la decisión extintiva (SSTC 48/2002; 7/1993): en tales casos, "el empresario ha de probar tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo además alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste meramente intentarlo". Se trata obviamente de un corpus doctrinal que no puede traerse a colación en el caso analizado por la STC 61/2021, teniendo en cuenta que en el mismo no se ha acreditado por el empleador la concurrencia de circunstancias suficientes para proceder al despido disciplinario al

margen de la que trae causa de la vulneración de los derechos fundamentales: antes bien, se trata de un despido en conexión directa con dicha vulneración.

4. EL TRÁNSITO DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SUSTANTIVOS HACIA LAS LESIONES "EXTRAPROCESALES" DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, Y LA INEXISTENCIA DE UNA "CONSECUTIVIDAD LÓGICA Y JURÍDICA" ¿UNA MODIFICACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL?

A partir de lo expuesto hasta el momento se puede ciertamente asumir que la pieza argumental basilar, auténtica clave de bóveda sobre la que reside el razonamiento jurídico de la STC 61/2021 aquí comentada consiste esencialmente en la desvinculación de la demanda de amparo de la infracción de los derechos fundamentales sustantivos alegados (artículo 18.1 y 3 CE), y su ubicación en el canon de enjuiciamiento exclusivo del artículo 24.1 CE en su faceta de derecho a una resolución motivada y fundada en derecho. Partiendo de un destacado conocimiento de la conformación técnica de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, cualificadas opiniones han llegado a calificar la doctrina sentada en su F.J. 3º como una operación argumental (…) para "corregir" la demanda de amparo, y así "dejarla desprovista de la alegada infracción de los derechos fundamentales sustantivos" (CASAS BAAMONDE)[1].

Es en el marco de esta operación, en suma, en el que la calificación del despido es reducida a una simple cuestión de legalidad ordinaria, desatendiéndose completamente la circunstancia de que la nulidad del despido (nulidad "radical" o *ab radice*), en la terminología inicialmente adoptada por la STC 38/1981, es justamente la consecuencia prevista para los despidos que tengan por móvil alguna causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley, o se produzcan con vulneración de derechos fundamentales (artículo 55.5 ET). A dicho pronunciamiento, de hecho, cabe también atribuir inicialmente la relevancia constitucional de las reglas de distribución de la carga de la prueba indiciaria para la efectividad de los derechos fundamentales, cuya inobservancia trae consigo la vulneración del derecho fundamental sustantivo en juego. Teniendo su origen el artículo 55.5, Párrafo 1º en la propia jurisprudencia constitucional, su interpretación -y concretamente, la de su presupuesto normativo- se ubica decididamente en el espacio de las garantías constitucionales.

El desplazamiento de la interpretación del precepto desde el canon de la interpretación reforzada -por estar el derecho a la tutela judicial efectiva vinculado a otros derechos fundamentales- hacia el canon externo y negativo del derecho a una resolución motivada y fundada en derecho, ya había sido, de hecho, apuntado con anterioridad en señalados Votos particulares a determinadas sentencias del TC (formulados por el Magistrado Conde Martín de Hijas). Los cuales exhibían precisamente su desacuerdo, de manera concreta, con el canon reforzado de constitucionalidad sostenido por las SSTC 92/2008 y 124/2009, relativas a la interpretación del artículo 55.5 b) ET (procedente de la Ley 39/1999), en materia de nulidad objetiva del despido, por tratarse de un supuesto en el que está en juego el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE). Canon reforzado que también se sostuvo, con posterioridad, en la STC 173/2013 sobre extensión de la nulidad al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba en el caso de trabajadoras embarazadas. En este último caso, por cierto, con Voto particular formulado por el Magistrado Valdés Dal-Re propugnando la sustitución del canon de constitucionalidad reforzado directamente por el del derecho sustantivo afectado.

En la operación correctora señalada, el TC viene ciertamente a utilizar como palanca para promover la mutación del canon valorativo una serie de materiales argumentativos extraídos de la

[1] *Vid.* CASAS BAAMONDE, M. E.: "Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2021, p. 12.

conocida STC 114/1984, de 29 de noviembre, pronunciamiento que constituye ciertamente un referente en torno a la doctrina de la exclusión procesal de las pruebas ilícitamente obtenidas en el proceso laboral. Venía dicha sentencia a separar efectivamente la lesión empresarial o "extraprocesal" de derechos fundamentales sustantivos de la que se obtiene una prueba ilícita, de su posterior utilización en el proceso, en el que la admisibilidad de ésta no vulneraría directamente aquellos derechos sustantivos, sino en su caso los derechos procesales (derecho a un proceso con todas las garantías, *ex* artículo 24.1 CE). En dicho precedente, se denunciaba en amparo la violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 18.1 CE), al haberse admitido como prueba del despido de un instrumento ilegítimamente adquirido: la grabación magnetofónica por parte de una tercera persona ajena a la empresa inducida por el propio trabajador para lograr un beneficio propio. Es por ello por lo que la lesión se imputaba directamente en tal caso a actuaciones judiciales, y no a la empresa en su decisión de despido. Son, por consiguiente, las peculiaridades de dicha demanda de amparo las que quedan reflejadas en el razonamiento jurídico de la STC 114/1984, siendo incorporada su doctrina finalmente, en un muy diferente contexto fáctico, a la STC 61/2021 en su F.J. 3º.

La tesis de la inexistencia de una "consecutividad lógica y jurídica" entre la posible lesión extraprocesal del derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión se formulaba pues, en la STC 114/1984, teniendo en cuenta que pueden no coincidir la persona cuyo derecho se vulnera extraprocesalmente para obtener la prueba y aquella otra frente a la cual la prueba pretende hacerse valer en el proceso. La extrapolación descontextualizada de dicha línea argumental es la que viene a servir, a la postre, para desproveer a la demanda de amparo de su enraizamiento en los derechos fundamentales sustantivos del artículo 18.1 y 3 CE. Es así como se proclama "la inexistencia de un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo" en expresión procedente de la citada STC 114/1984, así como la no adscripción a su contenido esencial "de la exigencia, con alcance de derecho subjetivo, de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de dichos derechos". (F.J. 2º). Una premisa argumental que, proyectada fuera del contexto original al que obedecía su formulación, viene a desconocer que "una cosa es el contenido esencial de un derecho fundamental, garantía frente al legislador democrático (artículo 53.1 CE), y otra muy distinta, la efectividad y eficacia de los derechos fundamentales frente a los demás poderes públicos y a los privados" (CASAS BAAMONDE).

Antes bien, en el contexto de las numerosísimas sentencias del TC en las que se ha confirmado o rechazado la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, cabe indubitadamente atribuir a la STC 196/2004 (despido a partir de un análisis clínico del que se obtuvo información relativa al consumo de estupefacientes), como hace el Voto particular a la STC 61/2021, el establecimiento de una conexión o "consecutividad lógica y jurídica" entre la ilicitud de la prueba practicada mediante la afectación no consentida, informada ni justificada del derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 ET) y su despido, determinándose que la reparación de la lesión del derecho fundamental que hubiese sido causada por el despido debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, y por ende, su nulidad. Un canon de constitucionalidad posteriormente mantenido por las SSTC 241/2012 y 170/2013, aunque en las mismas el TC no apreciase vulneración del derecho a la intimidad ni del derecho al secreto de las comunicaciones.

A mayor abundamiento, la doctrina constitucional sentada por la STC 61/2021 no deja de exhibir una notoria fricción con criterios interpretativos de la jurisprudencia constitucional más que consolidados. Como lo es, sin duda, el de que no resulta exigible la concurrencia de un elemento intencional como componente de la vulneración de los derechos fundamentales, puesto que ésta no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, o a la indagación de factores psicológicos o subjetivos de dificultosa apreciación. El elemento intencional resulta irrelevante ante la presencia de un nexo de causalidad entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma (SSTC 1/1998, 225/2001 y 196/2004).

A la vista de las anteriores consideraciones, y en particular de las dificultades para soslayar con éxito la tan citada STC 196/2004, cobra pleno sentido, a nuestro juicio, el parecer expuesto en el Voto Particular que se formula por parte de la Magistrada Balaguer Callejón: la STC 61/2021, más que formular *ex novo* un corpus doctrinal sobre un aspecto "sobre el que no hay doctrina del Tribunal", o de aclarar la doctrina preexistente, ha venido propiamente a introducir una patente modificación o apartamiento de las coordenadas interpretativas preexistentes (textualmente se habla en este sentido en el Voto particular de "*overruling*"). Lo cual hubiese preceptivamente requerido (artículo 13 LOTC) de una elevación del debate y votación al Pleno del TC. Caso de avalarse por este último el giro doctrinal, se hubiese impuesto además la conveniencia -o más bien necesidad- de una formulación adecuada y argumentada de la inflexión efectuada y de los nuevos criterios interpretativos procedentes del proceso de reflexión interna para facilitar su adecuado conocimiento por parte de los operadores jurídicos.

5. REFLEXIÓN CONCLUSIVA SOBRE EL IMPACTO DE LA NUEVA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DIGITALES LABORALES

Tras la STC 61/2021, de 15 de marzo, goza pues de un anclaje constitucional expreso por un lado, la postura jurisprudencial mayoritaria en suplicación (*vid*., por todas, STSJ Cataluña 4-6-2019) según la cual, pese a la eventual nulidad de las pruebas -en particular, digitales- de los incumplimientos laborales, cabe preservar la eficacia y validez de las actuaciones sancionadoras. Concretamente un despido disciplinario concomitante a una prueba digital ilícita por vulneración de los derechos del artículo 18 CE podrá ser declarado como improcedente de haberse aportado otras pruebas no contaminadas, o simplemente ante la ausencia de prueba adicional lícita alguna, si no se acredita que el empleador tuviese como móvil la vulneración de derechos fundamentales: ello se descarta para el TC si se persigue solamente la acreditación de los incumplimientos del trabajador. Lo cual, por cierto, se sitúa en la línea "despenalizadora" propia de la interpretación del artículo 197 CP a cargo de la Sala 2ª del TS relativa a la acreditación de ilícitos penales.

No obstante, por otra parte, desde el TC se apuntala el criterio de la automaticidad del derecho a una indemnización *ex* artículo 183 LRJS, en su caso adicional a la derivada de la improcedencia del despido, en contra de las reticencias mostradas en multitud de niveles jurisprudenciales (incluyendo el TS y el propio TEDH: Caso Barbulescu II); reparación que, en caso de vulneración del derecho a la protección de datos (artículo 18.4 CE), cuenta con el respaldo normativo añadido del artículo 82 RGPD. La solicitud de una indemnización correspondiente al daño moral provocado por la prueba ilícita deberá ser atendida, al margen de la calificación que se otorgue al despido, teniendo en cuenta no sólo su finalidad reparadora, sino también preventiva o disuasoria. Esta segunda faceta, no obstante, puede quedar notoriamente debilitada, en particular en su variante preventivo general (para otros supuestos posteriores), entendemos, con carácter general, ante la "recompensa" empresarial obtenida en forma de eficacia y validez del despido.

Si se coincide en que la efectividad en el disfrute de los derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento reside, en buena medida, en la eficacia de sus garantías secundarias -técnicas que persiguen asegurar el cumplimiento del contenido real de los derechos-, poco contribuye la doctrina constitucional, efectuando un balance entre sus dos dimensiones, a impedir las conductas de abstención o renuncia al ejercicio real de los derechos digitales laborales ("*chilling effect*") reconocidos primariamente a las personas trabajadoras a partir del RGPD y la LOPDP-GDD (LO 3/2018). El justo equilibrio entre derechos fundamentales (la obtención de pruebas por parte para hacer valer en un proceso laboral tiene indiscutible arraigo en el artículo 24 CE) debería conducir a los tribunales laborales, en todo caso, igualmente a partir de la nueva doctrina constitucional, a efectuar juicios de ponderación que no impliquen un sacrificio desproporcionado de los derechos fundamentales (en particular, digitales) en juego, que reduzca su proclamación normativa a un puro simbolismo. Lo cual sucederá, desde luego, si la reparación no resulta íntegra en la medida de lo posible, ni disuasoria de futuras violaciones de derechos sustantivos fundamentales que puedan

derivar de pruebas tecnológicas injustificadas, no transparentes o manifiestamente desproporcionadas.

6. BIBLIOGRAFÍA

CASAS BAAMONDE, M. E.: "Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2021.

La consignación de cantidad de la condena en el recurso de casación social: a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2021, número de recurso 154/2020

The consignment of the sum of the ruling in the social cassation appeal: with regard to the Ruling of the Social Chamber of the Supreme Court of 23 June 2021, appeal number 154/2020

JOSUNE LÓPEZ RODRÍGUEZ *Profesora Doctora de la Facultad de Derecho*
Universidad de Deusto
https://orcid.org/0000-0002-3153-1547

Cita sugerida: LÓPEZ RODRÍGUEZ, J, "La consignación de cantidad de la condena en el recurso de casación social: a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2021, número de recurso 154/2020". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 2 (2022)*: 153-160.

Resumen

En el presente trabajo se realiza un comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2021, número de recurso 154/2020, que resuelve el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la empresa Rhenus Logistics, S.A.U., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 20 de julio de 2020, número de recurso 128/2020, en la que se declaró nula la medida adoptada por la empresa de suspender 224 contratos de trabajo y reducir temporalmente la jornada de 449 trabajadores en el contexto de crisis sanitaria provocada por la COVID-19. En la sentencia, el Tribunal Supremo se centra en estudiar la concurrencia del requisito procesal relativo a la consignación de cantidad de la condena para preparar el recurso de casación social, dispuesto en el artículo 230 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Palabras clave

casación; consignación de cantidad; conflicto colectivo

Abstract

This paper comments on the ruling of the Social Division of the Supreme Court of 23 June 2021, appeal number 154/2020, which resolves the cassation appeal filed by the legal representation of the company Rhenus Logistics, S.A.U., against the ruling handed down by the Social Division of the National High Court on 20 July 2020, appeal number 128/2020, which declared null and void the measure adopted by the company to suspend 224 employment contracts and temporarily reduce the working hours of 449 workers in the context of the health crisis caused by COVID-19. In the ruling, the Supreme Court focuses on the concurrence of the procedural requirement relating to the consignment of the sum of the ruling in order to prepare the social cassation appeal, provided for in article 230 of Law 36/2011, of 10 October, regulating the social jurisdiction.

Keywords

cassation; payment of sum; collective dispute

1. INTRODUCCIÓN

El presente comentario aborda la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2021, número de recurso 154/2020, de la que fue ponente la Excelentísima Sra. Dª Concepción Rosario Ureste García y que resuelve el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la empresa Rhenus Logistics, S.A.U., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 20 de julio de 2020, número de recurso 128/2020, en la que se estimaron las demandas interpuestas, sobre conflicto colectivo, por los representantes legales de los trabajadores de la citada empresa y se declaró nula la medida adoptada por la misma

Fecha Recepción: 30/09/2021 - Fecha Revisión: 10/01/2022 - Fecha Aceptación: 10/01/2022
Pags. 153-160

de suspender 224 contratos de trabajo y reducir temporalmente la jornada de 449 trabajadores en el contexto de crisis sanitaria provocada por la COVID-19.

A pesar de la indudable trascendencia de la materia objeto de impugnación —un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) consistente en la suspensión de contratos de trabajo y reducciones de jornada en el escenario de la pandemia internacional de la COVID-19—, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no entra a estudiar el motivo de fondo del recurso, sino que se centra en el análisis de la concurrencia de una de las "instituciones polémicas"[1] del ordenamiento jurídico español, a saber, el requisito procesal relativo a la consignación de cantidad de la condena para preparar el recurso de casación social, dispuesto en el artículo 230 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS)[2].

Teniendo presentes estas cuestiones, a continuación, se relatarán los principales hechos que suscitaron el litigio y el recorrido judicial del mismo y, después, se ahondará en el análisis del requerimiento procesal consistente en la consignación del importe de la condena al preparar el recurso de casación social.

2. HECHOS MÁS RELEVANTES DEL LITIGIO Y RECORRIDO JUDICIAL

El día 24 de marzo de 2020, en plena pandemia provocada por la COVID-19 y tras la declaración del estado de alarma por parte del Gobierno, la Dirección de la empresa Rhenus Logistics, S.A.U., con una plantilla de alrededor de 930 trabajadores y con 15 centros de trabajo, remitió comunicación a los representantes legales de los trabajadores para informarles acerca de su intención de iniciar un procedimiento colectivo de suspensión temporal de contratos de trabajo y reducción de jornada, por un plazo de seis meses, con efectos a partir del día 1 de abril. En dicha comunicación, la empresa instó a la representación legal de los trabajadores a mantener una reunión al día siguiente, el 25 de marzo, en aras de debatir las medidas a adoptar e iniciar el procedimiento legalmente previsto para tal fin que, dada la excepcionalidad de la situación, debía tener una duración máxima de 7 días. Además, en Anexo adjunto a la comunicación, la empresa indicó el número de personas afectadas por cada uno de los centros, así como la existencia o no de representación sindical en los mismos. Igualmente, el 25 de marzo, la empresa remitió a los representantes legales de los trabajadores una memoria explicativa relativa a las causas productivas y organizativas que fundamentaban la suspensión temporal y reducción de jornada de un total de 699 trabajadores, en la que se explicaba que la presentación del ERTE obedecía, principalmente, a la declaración por el Gobierno del estado de alarma en el territorio nacional. El 27 de marzo se constituyó la Comisión representativa de la parte social y el 31 de marzo se suscribió por los representantes de la empresa y de la representación social el acta de inicio de negociaciones. El 8 de abril, día en el que se celebró la última reunión, se extendió acta dando por concluidas las consultas sin acuerdo de las partes.

Tras las demandas interpuestas por la representación legal de los trabajadores, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, órgano competente para conocer del proceso, enmarcó normativamente el litigio en el artículo 47 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET)[3], en el que se regula la suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, así como en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada[4].

[1] BALTAR FILLOL, P.: "A vueltas con la consignación en los procedimientos de conflicto colectivo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47, 2017, p. 342.
[2] BOE de 11 de octubre de 2011, núm. 245.
[3] BOE de 24 de octubre de 2015, núm. 255.
[4] BOE de 30 de octubre de 2012, núm. 261.

En virtud del apartado primero del artículo 47 del TRLET, el empresario tiene la facultad para suspender el contrato de trabajo con base en las causas mencionadas. A tal fin, con independencia tanto del número de trabajadores que integran la empresa como del número de trabajadores afectados, el empresario debe iniciar un procedimiento mediante comunicación a la autoridad laboral competente y apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores que, en principio, debe tener una duración máxima de quince días. Ahora bien, cuando las causas alegadas estén relacionadas con la COVID-19, como ocurre en el supuesto estudiado, el artículo 23.1.b) 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[5], determina que dicho periodo de consultas con la representación legal de los trabajadores no puede exceder de siete días.

Con base en la normativa señalada y tras un análisis exhaustivo de los hechos acontecidos, la Audiencia Nacional confirmó la falta de un desarrollo válido del periodo de consultas, la ausencia de buena fe en las negociaciones y la comunicación extemporánea que conduce a la caducidad y consiguiente ineficacia del expediente. A partir de estos fundamentos, el 20 de julio de 2020 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia, en cuyo fallo estimó las demandas interpuestas por la representación legal de los trabajadores y declaró nula la medida de suspensión y reducción de jornada adoptada por la empresa, determinando la inmediata reanudación de los 224 contratos de trabajo suspendidos y el aumento a su porcentaje de origen de las jornadas temporalmente reducidas de 449 trabajadores, y condenando a la empresa al pago de los salarios dejados de percibir por los trabajadores hasta la fecha de reanudación del contrato o en su caso al abono de las diferencias que procedieran respecto al importe percibido en concepto de prestación por desempleo durante el período de suspensión o reducción, sin perjuicio del reintegro que procediera realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas.

Del fallo de la Sentencia pueden deducirse tres elementos principales, a saber: un elemento declarativo, una obligación de hacer y una obligación dineraria. Así, en primer lugar, el fallo contiene la declaración de nulidad de la medida de suspensión y reducción de jornada adoptada por la empresa. En segundo lugar, el fallo comprende una obligación de hacer, en tanto en cuanto impone a la empresa el deber inmediato de reanudar los contratos de trabajo suspendidos y aumentar al porcentaje de origen las jornadas de trabajo temporalmente reducidas. Y, en tercer lugar, el fallo engloba una obligación dineraria consistente en el pago de los salarios dejados de percibir por los trabajadores hasta la fecha de reanudación del contrato o, en su caso, el abono de las diferencias que procedieran respecto al importe percibido en concepto de prestación por desempleo durante el período de suspensión o reducción.

Respecto de este último elemento, esto es, el relativo al pago de cantidad, se advirtió en el fallo de la sentencia que, al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el recurso de casación, el recurrente, siempre que no tuviera el beneficio de justicia gratuita, debía acreditar, por un lado, haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el artículo 229.1.b) de la LRJS, y, por otro lado, y en lo que al presente estudio interesa, haber consignado la cantidad objeto de la condena de acuerdo con lo establecido en el artículo 230 de la LRJS, facilitándose a tal fin un número de cuenta para los pagos en metálico y dándose la opción, asimismo, de sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario.

Al no estar de acuerdo con el contenido de la sentencia de la Audiencia Nacional, la representación procesal de la empresa en cuestión formalizó recurso de casación alegando, por un lado, error en la apreciación de la prueba obrante en autos, con base en el artículo 207.d) de la LRJS, y, por otro lado, infracción de los artículos 47 del TRLET y 17, 18, 19, 20 y 23 del Real Decreto 1483/2012. Al tratarse el recurso de casación de un recurso devolutivo, que en este caso fue

[5] BOE de 18 de marzo de 2020, núm. 73.

interpuesto contra sentencia dictada en única instancia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, es la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la competente para conocer de este recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la empresa Rhenus Logistics, S.A.U. [artículo 205.1. LRJS][6].

3. ACERCA DE LA CONCURRENCIA DEL REQUISITO PROCESAL RELATIVO A LA CONSIGNACIÓN DE CANTIDAD DE LA CONDENA EN EL RECURSO DE CASACIÓN SOCIAL

En la fundamentación jurídica de la sentencia comentada, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo aduce el artículo 230 de la LRJS —relativo a la consignación de cantidad—, un precepto "extenso y complejo"[7], cuya aplicación al caso considera "inexcusable" [8].

Según el apartado primero del precepto citado, que comprende la regla genérica en materia de consignación[9], "cuando la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad, será indispensable que el recurrente que no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita acredite, al anunciar el recurso de suplicación o al preparar el recurso de casación, haber consignado en la oportuna entidad de crédito y en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta a nombre del órgano jurisdiccional, la cantidad objeto de la condena, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito".

Así, el artículo 230.1 de la LRJS contempla el supuesto de una sentencia impugnada que ha condenado al recurrente al pago de cantidad. De este modo, siempre que la sentencia —no auto— recurrida en casación hubiere condenado al pago de cantidad dineraria —en cuantía determinada y líquida—, resulta imprescindible que el recurrente consigne tal montante en la entidad de crédito correspondiente, debiendo coincidir la cuantía a consignar con la contenida en la sentencia condenatoria[10]. Ello no obstante, la ley confiere la posibilidad de sustituir la consignación en metálico por un método alternativo, esto es, el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito[11]. A este último respecto, cabe observar que el legislador no condiciona la utilización de estos métodos sustitutivos a las especiales dificultades económicas por las que pudiera atravesar la parte recurrente, sino que permite su uso a todo recurrente, centrándose, así, en el aspecto material, esto es, la garantía de que se cumplirá la sentencia, y no en la situación de la empresa[12]. En este sentido, al tratarse de dos posibilidades alternativas, corresponderá al recurrente elegir el método concreto para realizar la consignación —en metálico o mediante aval bancario—. En relación con el momento de efectuar la consignación o, en su defecto, el aseguramiento por medio de aval bancario, para que los mismo sean válidos deben tener lugar al prepararse el recurso de casación.

A modo de excepción, el precepto exime de esta responsabilidad a los sujetos a los que se les haya reconocido el beneficio de justicia gratuita, para lo que deben tenerse en consideración las previsiones de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita[13]. Si bien el artículo 6.5

[6] *Vid*. TOSCANI GIMÉNEZ, D., ALEGRE NUENO, M. y VALENCIANO SAL, A.: *El nuevo proceso laboral: comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Madrid, El Derecho Editores, 2012, p. 410.

[7] RÍOS MESTRE, J.M.: *Reflexiones sobre la consignación en los recursos laborales*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 105.

[8] Fundamento Jurídico Segundo, apartado 2.

[9] RÍOS MESTRE, J.M.: *Reflexiones sobre la consignación*…, *ob. cit*., p. 25.

[10] MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: "Artículo 230", en MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. (Dir.). *Comentarios a la Ley reguladora de jurisdicción social*, Murcia, Laborum, 2020, p. 902.

[11] En profundidad sobre esta cuestión, véase RÍOS MESTRE, J.M.: *Reflexiones sobre la consignación*…, *ob. cit*., pp. 109-112.

[12] SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Artículo 230", en VV.AA, *Ley reguladora de la jurisdicción social. Comentarios, jurisprudencia y concordancias*, Madrid, Constitución y Leyes, 2013, p. 957.

[13] BOE de 12 de enero de 1996, núm. 11.

de la Ley 1/1996 solamente exonera de manera expresa a sus destinatarios al pago de los depósitos necesarios para la interposición de recursos y no al pago de consignaciones, la LRJS amplía esta exoneración y exime a quienes tengan el beneficio de justicia gratuita del pago de la consignación del importe de la condena para recurrir en casación[14].

Expuesto el contenido del artículo 230.1 de la LRJS, y antes de ver su aplicación al caso estudiado, conviene dilucidar si el requerimiento procesal descrito conculca o vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución española[15].

A este respecto, entiende el Tribunal Constitucional que el derecho a acceder a los recursos legalmente establecidos, a diferencia del derecho a acceder a la jurisdicción, no nace directamente del texto constitucional, sino que es de configuración legal. Esto es, se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, en la configuración que reciba de las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador (salvo en materia penal) el establecimiento y la regulación de los recursos procedentes en cada caso[16].

Más concretamente, el Tribunal Constitucional ha subrayado que al no existir una disposición en el texto constitucional que obligue a la existencia de una doble instancia o de unos recursos determinados en materia laboral, es posible condicionar los recursos previstos al cumplimiento de determinados requisitos, concreción que compete al legislador, aunque matiza que el mismo no goza de absoluta libertad. En este sentido, el Tribunal Constitucional recuerda el carácter tuitivo propio del Derecho del Trabajo, que justifica la singularidad del proceso laboral y garantiza a la persona trabajadora una mayor accesibilidad a la jurisdicción, y, con base en esta idea, estima que el deber de consignación no constituye un obstáculo excesivo o desproporcionado para el acceso al recurso del empresario[17].

Según el Tribunal Constitucional, "el derecho a la tutela judicial efectiva, puede restringirse en la medida que la restricción actúa en servicio de la efectividad o promoción de otros bienes o derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente protegidas, pues en caso contrario aquélla habría de ser estimada inconstitucional"[18]. De este modo, el juicio sobre la constitucionalidad de este requisito procesal se reduce "a un juicio sobre si las finalidades perseguidas por el mismo son constitucionalmente admisibles"[19]. Así, el Tribunal Constitucional ha considerado que la consignación del importe de la condena tiene una triple finalidad. En primer lugar, constituye una medida cautelar orientada a asegurar la ejecución de la Sentencia en el caso de que sea confirmada y a evitar una eventual desaparición de los medios de pagos. En segundo lugar, este requisito busca reducir el planteamiento de recursos meramente dilatorios, con pocas posibilidades de éxito, que acaben alargando de manera injustificada el abono por el empresario y la percepción por el trabajador de las cantidades reconocidas judicialmente. Y, en tercer lugar, esta medida tiene por objeto evitar la lesión del principio básico del ordenamiento jurídico laboral relativo a la irrenunciabilidad de los derechos de la persona trabajadora[20].

Por consiguiente, en virtud de la doctrina constitucional, aunque en principio la consignación es un obstáculo al derecho fundamental de recurrir, "sirve a la vez importantes intereses del

[14] *Vid*. ATS de 7 de junio de 2011, número de recurso 21/2011, Razonamiento Jurídico Único, apartado 3.
[15] BOE de 29 de diciembre de 1978, núm. 311.
[16] Por todas, SSTC 105/2006, de 3 de abril, Fundamento Jurídico Tercero, 149/2015, de 6 de julio, Fundamento Jurídico Tercero, y 166/2016, de 6 de octubre, Fundamento Jurídico Tercero.
[17] STC 173/2016, de 17 de octubre, Fundamento Jurídico Cuarto.
[18] STC 3/1983, de 25 de enero, Fundamento Jurídico Primero.
[19] VEGAS TORRES, J.: "Sobre el requisito de consignación del importe de la condena para recurrir en el orden laboral", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1988, núm. 34, p. 225.
[20] STC 3/1983, de 25 de enero, Fundamento Jurídico Cuarto.

beneficiario de la condena, de suficiente cobertura constitucional, que autorizan su mantenimiento"[21].

En esta misma línea, entiende el Tribunal Supremo que la consignación del importe de la condena al tiempo de recurrir la sentencia es la "única forma de garantizar que la tramitación del recurso pudiera imposibilitar el percibo del importe de dichos salarios por los trabajadores afectados"[22]. Al respecto, matiza el Alto Tribunal que la consignación "viene conformada en la norma procesal laboral como un auténtico requisito de recurribilidad, por lo que su exigencia o su cumplimiento no afecta a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 Constitución Española, en su primordial vertiente de acceso a la jurisdicción, sino únicamente en lo referente al acceso al recurso, que, como se sabe, al menos en el ámbito laboral, no es de configuración constitucional sino legal y, precisamente, ha sido la ley la que ha establecido tal requisito para poder acceder al recurso"[23].

En el caso objeto de estudio, el fallo de la sentencia recurrida especificaba que, de conformidad con el artículo 230.1 de la LRJS, el recurrente debía acreditar haber consignado la cantidad objeto de condena —esto es, el pago de los salarios dejados de percibir por los trabajadores hasta la fecha de reanudación del contrato o, en su caso, el abono de las diferencias que procedieran respecto al importe percibido en concepto de prestación por desempleo durante el período de suspensión o reducción— al tiempo de preparar el recurso de casación ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, salvo que gozara del beneficio de justicia gratuita, salvedad que no se da en este supuesto. La dicción literal del precepto —"será indispensable"—, evidencia que el deber de consignar las cantidades de la condena para poder recurrir la sentencia resulta ineludible. Además, cabe destacar que en el fallo de la sentencia recurrida se detallaron de forma expresa los números de cuenta donde ingresar las cantidades, así como la posibilidad de realizar la consignación mediante aval bancario. Sin embargo, en el supuesto examinado no se produjo ni la consignación ni el aseguramiento de cantidad alguna al prepararse el recurso de casación.

Ante el incumplimiento de efectuar tal consignación o aseguramiento, el apartado cuarto del artículo 230 de la LRJS determina que "el juzgado o la Sala tendrán por no anunciado o por no preparado el recurso de suplicación o de casación, según proceda, y declararán la firmeza de la resolución mediante auto contra el que podrá recurrirse en queja ante la Sala que hubiera debido conocer del recurso". En otras palabras, este requisito, que tiene naturaleza de una carga procesal, constituye un presupuesto procesal necesario para la admisión del recurso de casación, de modo que su incumplimiento conlleva que el recurso se tenga por no preparado y que se declare la firmeza de la resolución que se pretendiera recurrir[24]. Asimismo, el apartado quinto de dicho precepto encomienda al letrado de la Administración de justicia la facultad para conceder a la parte recurrente, con carácter previo a que se resuelva sobre el anuncio o preparación, un plazo de cinco días para la subsanación de los defectos consistentes, entre otros, en la insuficiencia de la consignación o del aseguramiento efectuados [apartado a)].

Pues bien, en relación con esta última cuestión, el Tribunal Constitucional y la Sala Cuarta del Tribunal Supremo han venido diferenciando dos situaciones distintas, a saber: por un lado, la consignación insuficiente de las cantidades de la condena —supuesto en el que la parte recurrente no se muestra contraria al cumplimiento de su deber de consignación, pero el cumplimiento se lleva a cabo de manera parcial o insuficiente por error del recurrente—, y, por otro lado, la falta total o absoluta de consignación del importe de la condena —supuesto en el cual existe una voluntad

[21] RÍOS MESTRE, J. M.: *Reflexiones sobre la consignación…*, *ob. cit*., p. 136.

[22] STS de 4 de mayo de 2021, número de recurso 81/2019, Fundamento Jurídico Segundo, apartado 2.

[23] ATS de 7 de junio de 2011, número de recurso 21/2011, Razonamiento Jurídico Único, apartado 3.

[24] BAYLOS GRAU, A. P., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Instituciones de Derecho procesal laboral*, Madrid, Trotta, 1995, p. 455 y RÍOS MESTRE, J.M.: *Reflexiones sobre la consignación…*, *ob. cit*., p. 31. Asimismo, consúltese la STS, Sala de lo Social, de 9 de septiembre de 2020, número de recurso 13/2018, Fundamento Jurídico Tercero, apartado primero.

deliberada del sujeto recurrente para omitir su obligación o el incumplimiento deviene de una total falta de diligencia y cautela del mismo—[25].

Así, mientras la insuficiencia de la consignación por error excusable del recurrente se ha considerado un requisito susceptible de subsanación, la total inobservancia del deber de consignación, bien por la voluntad consciente del recurrente de incumplir dicha obligación bien por la falta de la más elemental diligencia, se ha estimado como una omisión insubsanable[26]. Dicho de otro modo, la concesión legal de un plazo de subsanación solamente está prevista para el defecto consistente en la insuficiencia de la consignación o aseguramiento efectuados —lo que implica que efectivamente se ha materializado la consignación o el aseguramiento, aunque de manera insuficiente—, y no para los casos en los que se incumple completamente el deber de consignar o avalar la cantidad objeto de la condena[27]. Precisamente, entienden el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo que la subsanación es un remedio justo para subsanar las posibles irregularidades o defectos en el cumplimiento de los requerimientos procesales, pero que este razonamiento no puede alegarse cuando lo que se ha producido es un incumplimiento frontal y pleno de las exigencias procesales[28]. Ahora bien, en relación con los casos en los que se efectúa una consignación o aseguramiento insuficiente, cabe preguntarse si toda insuficiencia en la consignación o el aseguramiento del importe de la condena —imagínese la consignación o aseguramiento de una cantidad ínfima o insignificante— merece esta posibilidad de subsanación[29].

Tal y como se ha avanzado, en la presente *litis* la parte recurrente no efectuó la consignación o el aseguramiento de la cantidad determinada en la sentencia condenatoria. Al no estar ante un supuesto de consignación insuficiente o déficit en el aseguramiento, sino ante un caso de inexistencia total de la actividad consignataria, se entiende que no cabe subsanación, ya que no puede dejarse al arbitrio de la parte incumplidora la ampliación del plazo de preparación del recurso[30].

Llegados a este punto, debe analizarse si es replicable al caso comentado la argumentación seguida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo acerca de la no exigibilidad, en determinados supuestos, de la consignación de la condena para recurrir en casación.

En concreto, entiende el Alto Tribunal que "el deber de consignar derivado del artículo 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en las sentencias colectivas de condena no significa que todas las pretensiones de condena estén sometidas a ese requisito"[31]. Así, el Tribunal ha considerado que, cuando no se esté ante una condena que, alcanzada la firmeza de la sentencia, pueda ser cumplida o ejecutada de manera inmediata tomando a tal fin la cantidad consignada, por ser este su destino legal, no es exigible la consignación para recurrir. Precisamente, estima el Tribunal Supremo que, en los casos en los que la sentencia no goza de inmediatez en su cumplimiento efectivo, no se vería cumplida la finalidad que se persigue con este requisito procesal

[25] *Vid*. ATS de 22 de noviembre de 2000, número de recurso 2511/2000, Razonamiento Jurídico Primero, apartado 3.

[26] Sobre esta cuestión, pueden consultarse, entre otras, las SSTC 173/1993, de 27 de mayo de 1993, Fundamento Jurídico Quinto, y 343/1993, de 22 de noviembre de 1993, Fundamento Jurídico Cuarto; y las SSTS, Sala de lo Social, de 17 de febrero de 1999, número de recurso 741/1998, Fundamento Jurídico Segundo, de 14 de junio de 2000, número de recurso 3338/1999, Fundamento Jurídico Quinto, de 14 de julio de 2000, número de recurso 487/1999, Fundamento Jurídico Tercero, y de 11 de diciembre de 2002, número de recurso 727/2002, Fundamento Jurídico Cuarto. Sobre esta cuestión, puede consultarse CARRATALÁ TERUEL, J. L. y LABADO SANTIAGO, J. M.: "La subsanación de los defectos de consignación y depósito en los recursos de suplicación y casación", *Tribuna social: revista de seguridad social y laboral*, núm. 31, 1993, p. 116.

[27] ATS de 3 de marzo de 1997, número de recurso 4551/1996, Razonamiento Jurídico Único. En este mismo sentido, puede consultarse el ATS de 11 de enero de 1999, número de recurso 4291/1998, Razonamiento Jurídico Segundo. Asimismo, *vid*. BALTAR FILLOL, P.: "A vueltas con la consignación…, *ob. cit*., pp. 343-344.

[28] STS, Sala de lo Social, de 4 de diciembre de 2018, Fundamento Jurídico Quinto.

[29] SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Artículo 230…, *ob. cit*, p. 964.

[30] STC 343/1993, de 22 de noviembre de 1993, Fundamento Jurídico Cuarto.

[31] STS, Sala de lo Social, de 27 de septiembre de 2018, número de recurso 44/2018, Fundamento Jurídico Segundo.

para recurrir en casación. De este modo, cuando el fallo de la sentencia, a pesar de su concreción, no permita cuantificar de manera exacta y certera el total de la deuda, no resulta exigible la consignación para recurrir. En este sentido, puntualiza el Tribunal Supremo que la exigencia del artículo 230 de la LRJS no se cumple con la consignación de una cantidad aproximada, sino con la consignación de la cuantía exacta de la condena[32].

Teniendo presentes estos argumentos, se considera que en el caso estudiado no es posible alegar la inaplicación del requisito de la consignación de la cantidad adeudada para recurrir, en tanto en cuanto el pronunciamiento recurrido recogía con certeza las cifras correspondientes a los trabajadores afectados por la suspensión del contrato —un total de 224— y por la reducción de jornada —la suma de 449— y, por consiguiente, se entiende que resultaba totalmente factible que la parte condenada llevase a cabo los cálculos referentes a la consignación[33].

Los razonamientos expuestos llevan a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a desestimar el recurso de casación planteado por la representación procesal de la empresa Rhenus Logistics, S.A.U., y a eludir, como consecuencia, el enjuiciamiento del contenido o fondo del recurso, declarando la firmeza de la Sentencia de instancia.

4. BIBLIOGRAFÍA

BALTAR FILLOL, P.: "A vueltas con la consignación en los procedimientos de conflicto colectivo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47, 2017.

BAYLOS GRAU, A.P., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Instituciones de Derecho procesal laboral*, Madrid, Trotta, 1995.

CARRATALÁ TERUEL, J.L. y LABADO SANTIAGO, J. M.: "La subsanación de los defectos de consignación y depósito en los recursos de suplicación y casación", *Tribuna social: revista de seguridad social y laboral*, núm. 31, 1993.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: "Artículo 230", en MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. (Dir.). *Comentarios a la Ley reguladora de jurisdicción social*, Murcia, Laborum, 2020.

RÍOS MESTRE, J. M.: *Reflexiones sobre la consignación en los recursos laborales*, Albacete, Bomarzo, 2017.

SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Artículo 230", en VV.AA, *Ley reguladora de la jurisdicción social. Comentarios, jurisprudencia y concordancias*, Madrid, Constitución y Leyes, 2013.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., ALEGRE NUENO, M. y VALENCIANO SAL, A.: *El nuevo proceso laboral: comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Madrid, El Derecho Editores, 2012.

VEGAS TORRES, J.: "Sobre el requisito de consignación del importe de la condena para recurrir en el orden laboral", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 34, 1988.

[32] Véanse las SSTS, Sala de lo Social, de 27 de septiembre de 2018, número de recurso 44/2018, Fundamento Jurídico Segundo, y de 9 de septiembre de 2020, número de recurso 13/2018, Fundamento Jurídico Tercero, apartado 3.

[33] Consúltese el Fundamento Jurídico Segundo, apartado 3, de la sentencia comentada.

Derecho Comparado y Derecho Extranjero

Laborum

La prohibición de la forma electrónica del despido en Alemania. Una norma protectora del trabajador en tiempos de digitalización del mercado de trabajo[1]

The prohibition of the electronic form of dismissal in Germany. A protective standard for workers in times of digitalisation of the labour market

ALBERTO ARUFE VARELA *Catedrático de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho Universidad de A Coruña*
https://orcid.org/0000-0002-1954-9971

Cita sugerida: ARUFE VARELA, A., "La prohibición de la forma electrónica del despido en Alemania. Una norma protectora del trabajador en tiempos de digitalización del mercado de trabajo". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 2 (2022)*: 163-168.

Resumen

Este escrito aborda la prohibición del despido electrónico, impuesta en Alemania en plena era digital. Según una reciente sentencia del Tribunal Federal de Trabajo, se trata de una prohibición también aplicable al despido de los trabajadores al servicio de plataformas digitales. Esta prohibición alemana contrasta con la total permisividad española de los despidos electrónicos, la cual incide sobre el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido, planteando problemas que nunca podrían llegar a suscitarse en Alemania.

Palabras clave

Alemania, despido electrónico, forma, nuevas tecnologías, protección del trabajador

Abstract

This brief addresses the ban on electronic dismissal imposed in Germany in the digital age. According to a recent ruling by the Federal Labour Court, this is also a ban on the dismissal of digital platform workers. This German prohibition contrasts with the total Spanish permissiveness of electronic dismissals, which affects the calculation of the expiry date of the dismissal action, posing problems that could never arise in Germany.

Keywords

Germany, electronic dismissal, form, new technologies, worker protection

1. LA DELIBERADA MODIFICACIÓN EN PLENA ERA DIGITAL DEL PARÁGRAFO 623 DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

Sobre la base de que en Alemania el Código Civil de 1896 contiene el grueso de la regulación —por lo demás, extraordinariamente vital, pro-europeísta y totalmente puesta al día, desde el punto de vista de la terminología jurídico-laboral contemporánea[2]— aplicable al contrato de trabajo, la extinción de este último queda sujeta a lo dispuesto en su parágrafo 623, cuyo tenor literal afirma lo siguiente: «la terminación de la relación laboral a través de despido o por mutuo acuerdo extintivo necesita de forma escrita para su eficacia; la forma electrónica está excluida»[3].

[1] Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

[2] Sobre sus parágrafos 611 y ss. (donde se habla expresamente, además de «contrato de trabajo», también de «convenio colectivo»), comparándolos con la anacrónica regulación del arrendamiento de servicios contenida en nuestro Código Civil, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, A Coruña, Netbiblo, 2007, pp. 15 y ss.

[3] Textualmente, «*die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform; die elektronische Form ist ausgeschlossen*».

Fecha Recepción: 12-1-2022 - Fecha Revisión: 11-2-2022 - Fecha Aceptación: 13-2-2022
Pags. 163-168

Como se ve, se trata de un precepto compuesto de dos medio-incisos, los cuales fueron sucesivamente introducidos por sendas leyes federales, debidas ambas a la iniciativa del Partido Socialdemócrata alemán, promulgadas a comienzos del siglo en que nos encontramos (esto es, el siglo de la mujer, pero también el siglo digital por antonomasia). El primer medio-inciso («la terminación de la relación laboral a través de despido o por mutuo acuerdo extintivo necesita de forma escrita para su eficacia») lo introdujo la Ley para la simplificación y aceleración de los procesos laborales (*Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens*) de 30 marzo 2000[4], con la pretensión de descargar a los tribunales laborales alemanes de litigios sobre existencia o no existencia de despidos, expresamente calificados por la fundamentación del proyecto de dicha ley como «litigios» estériles o «improductivos» (literalmente, «*unergiebige Rechtsstreitigkeiten*»)[5]. Por su parte, el segundo medio-inciso («la forma electrónica está excluida») lo injertó la Ley para la actualización de los preceptos sobre la forma, en el Derecho privado y en otras disposiciones, al moderno tráfico jurídico-negocial (*Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*) de 13 julio 2001[6], cuya finalidad —que también consta expresada en la fundamentación del correspondiente proyecto de ley— era la de ofrecer más seguridad jurídica al trabajador asalariado (literalmente, «la exigencia de forma escrita, considerando que para la mayor parte de todos los trabajadores y trabajadoras el puesto de trabajo significa la única fuente de ingresos y, en consecuencia, es la base de la subsistencia para ellos y sus familias, debe reforzar la seguridad jurídica y, en especial, proteger ante la pérdida precipitada del puesto de trabajo»)[7]. Esto despejado, efectuaré la exégesis del citado parágrafo 623 siguiendo las pautas interpretativas de la doctrina científica laboralista alemana más autorizada, que aparecen contenidas en el *Comentario erfurtense sobre el Derecho del Trabajo*, del que manejo su edición correspondiente al año 2020[8].

2. EL MANUSCRITO (PERO NO CARTA) DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO, A REDACTAR EN CUMPLIMIENTO DEL PARÁGRAFO 623 DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

Aunque en la lengua alemana existe la palabra «carta», la recién citada doctrina científica laboralista —al proceder a realizar la exégesis del parágrafo 623 del Código Civil— no habla en absoluto de carta de despido (*Kündigungsbrief*), sino más genéricamente de escrito de extinción o escrito extintivo (literalmente, «*Kündigungsschreiben*»)[9], por la sencilla razón de que el medio-inciso primero del precepto no se refiere sólo a la documentación del despido, sino también a la documentación del mutuo acuerdo extintivo («*durch Kündigung oder Auflösungsvertrag*», recuérdese). Si hubiese que buscar un término de comparación con el Derecho positivo español, habría que referirse no al artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, sino al apartado 2 del artículo 49 de ese mismo Estatuto, que concibe la entrega del finiquito al trabajador como un acto presencial, a desarrollarse en el centro de trabajo (el apartado en cuestión utiliza por dos veces la

[4] *Boletín Oficial Federal*, parte I, 7 abril 2000, págs. 333 y ss.

[5] Véase Acta de la Cámara Baja núm. 13/11289, de 17 julio 1998 (Anexo 1, pág. 11), localizable en el sitio oficial en Internet de la propia Cámara Baja, ubicado en www.bundestag.de (acceso directo a través de https://dip.bundestag.de/drucksache/.../114501).

[6] *Boletín Oficial Federal*, parte I, 18 julio 2001, págs. 1542 y ss.

[7] Véase Acta de la Cámara Baja núm. 14/4987, de 14 diciembre 2000 (Anexo 1, pág. 22). Textualmente, «*das Schriftformerfordernis soll im Hinblick darauf, dass für den größten Teil aller Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Arbeitsplatz die einzige Einnahmequelle bedeutet und damit die Existenzgrundlage für sich und ihre Familien ist, die Rechtssicherheit erhöhen und insbesondere vor einer übereilten Aufgabe des Arbeitsplatzes schützen*». El Acta en cuestión puede localizarse en el sitio en Internet ya citado de la propia Cámara Baja (acceso directo a través de https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-anpassung-der-formvorschriften-des-privatrechts-und-anderer-vorschriften/112813).

[8] Véase MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Editores): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2020.

[9] Cfr. pág. 1711, marg. 15.

palabra «presencia», y expresamente la locución «en presencia de»). Por eso mismo, debiendo tratarse de un acto presencial, el *Comentario erfurtense* concluye con naturalidad, y con cita de jurisprudencia laboral alemana de los últimos tres lustros, que el otorgante del documento extintivo debe entregárselo en persona al trabajador, de manera que «un burofax … o un correo electrónico, o un SMS, no bastan [*ein Telefax ... oder E-Postbrief oder eine SMS genügen nicht*]»[10]. Sobre esta base, el propio *Comentario erfurtense* asimismo pone de relieve que el escrito extintivo de la relación laboral es, en realidad, un manuscrito. Ello se debe a que tiene que constar necesariamente en dicho papel la firma manuscrita del otorgante del documento en cuestión, esto es, del empresario o de su representante (literalmente, «resulta decisiva la firma. Debe estamparse de modo manuscrito por el otorgante. La firma debe ser congruente con el contenido del escrito extintivo, situarse bajo el texto y cerrarlo espacialmente … La firma tiene que incluir la mención del nombre del firmante … Al respecto, no es necesaria la legibilidad de la firma. Basta un trazo que caracterice suficientemente la identidad del firmante, que presente los rasgos individuales característicos correspondientes, y que dificulte la falsificación … Si la persona del otorgante es suficientemente reconocible, puede bastar en el caso concreto la firma con el nombre de pila o un seudónimo»)[11]. Lógicamente, todo esto cierra el paso a la posibilidad de firmar electrónicamente el documento. En lo demás, sin embargo, el documento extintivo de la relación laboral puede no ser manuscrito, afirmando a este respecto el propio *Comentario erfurtense* que «por quién y en qué forma —a mano, a máquina, impreso, fotocopiado o reproducido de cualquier otra manera— se redacte el escrito extintivo, resulta indiferente»[12].

3. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO POR EL EMPRESARIO DEL PARÁGRAFO 623 DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

El parágrafo 623 del Código Civil no se pronuncia en detalle sobre las consecuencias jurídicas que acarrea la inobservancia de la peculiar forma escrita no-electrónica, que prevé y que impone, limitándose a afirmar que la cumplimentación de dicha forma —tanto respecto del despido, como del mutuo acuerdo extintivo— es requisito «para su eficacia». Con base en esta última expresión legal, el *Comentario erfurtense* afirma que «si no se observa la exigencia formal legal del parágrafo 623, se deriva la consecuencia jurídica del parágrafo 125, inciso 1», del propio Código Civil[13], de manera que «la extinción es nula [*die Kündigung ist nichtig*]»[14], llevando aparejada esta declaración genérica de nulidad tres consecuencias jurídicas esenciales muy concretas. En primer lugar, la de que no cabe la subsanación del defecto formal, afirmando a este respecto el *Comentario erfurtense* —con una serie de *dicta* que evocan, de algún modo, el contenido del apartado 2 del artículo 55 de nuestro Estatuto de los Trabajadores[15]— que «la subsanación no es posible»[16], pues «el parágrafo 623 no prevé esto, a diferencia, por ejemplo, del parágrafo 311b, apartado 2»[17], de manera que «únicamente entra en consideración la repetición de la extinción ajustada a la forma, la

[10] *Ibidem*, marg. 12.

[11] *Ibidem*, marg. 13. Textualmente, «*entscheiden ist die Unterschrift. Sie muss eigenhändig vom Aussteller stamen. Die Unterschrift muss den Inhalt des Kündigungsschreibens decken, also unter dem Text stehen und ihn räuml. Abschließen ... Die Unterschrift ist durch Nennung das ausgeschriebenen Namens zu leisten ... Hierzu bedarf es nicht der Lesbarkeit des Namenszugs. Es genügt ein die Identität des Unterschreibenden ausreichend kennzeichnender Schriftzug, der individuelle und entspr. Charakteristiche Merkmale aufweist, die eine Nachahmung erschweren ... Ist die Person des Ausstellers hinreichend erkennbar, kann im Einzelfall die Unterzeichnung mit dem Vornahmen oder einem Pseudonym genügen*».

[12] *Ibidem*. Textualmente, «*von wem, und in welcher Form —handschriftl., maschinenschriftl., vorgedruckt, fotokopiert, oder in sonstiger Weise vervielfältigt— das Kündigungsschreiben abgefasst wurde, ist gleichgültig*».

[13] P. 1712, marg. 21. Textualmente, «*wird die ges. Formvorschr. Des § 623 nicht beachtet, ergibt sich die Rechtsfolge aus § 125 S. 1*».

[14] *Ibidem*.

[15] Sobre el tema, véase GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 1997, pp. 22 y ss.

[16] *Ibidem*. Textualmente, «*eine Heilung ist nicht mögl.*».

[17] *Ibidem*. Textualmente, «*§ 623 sieht diez anders als zB § 311b I 2 nicht vor*».

cual, sin embargo, sólo despliega eficacia con la nueva declaración, si es que se observa la forma escrita»[18]. En segundo lugar, la de que no comienza a correr el plazo para impugnar judicialmente el despido (que es el de «tres semanas [*drei Wochen*]», de acuerdo con el parágrafo 4 de la Ley de protección contra el despido [*Kündigungsschutzgesetz*] o, en su acrónimo oficial, KSchG, de 10 agosto 1951), pues —siempre según el *Comentario erfurtense*— «la nulidad de la extinción declarada por el empresario con inobservancia de la forma escrita, puede impugnarse por el trabajador con independencia del plazo para accionar regulado en el parágrafo 4 de la KSchG»[19], dado que la observancia de la forma escrita «marca el comienzo del plazo para accionar»[20], todo lo cual explica que en Alemania no pueda existir la figura —tan dañina para el trabajador— del jurisprudencialmente y doctrinalmente denominado en España «despido tácito»[21]. En tercer lugar, la de que el empresario inobservante de la forma escrita impuesta por el parágrafo 623 incurra en *mora accipiendi* y, consecuentemente, que deba abonar los salarios posteriores a la extinción, a pesar de la falta de prestación de servicios por parte del trabajador despedido, habiendo sido enjuiciada esta tercera consecuencia jurídica concreta en una muy reciente sentencia del máximo órgano de la jurisdicción laboral alemana —todavía no reseñada en la edición del *Comentario erfurtense*, que vengo manejando—, la cual paso a examinar a continuación.

4. LA APLICACIÓN DEL PARÁGRAFO 623 DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN AL DESPIDO DE TRABAJADORES EMPLEADOS POR PLATAFORMAS DIGITALES

Se trata de la Sentencia de la Sala Novena del Tribunal Federal de Trabajo de 1 diciembre 2020[22], relativa —como ya se ha puesto doctrinalmente de relieve entre nosotros[23]— a un «*crowdworker*» (o trabajador integrado en un «enjambre» de trabajadores), que litigaba por despido frente a su plataforma digital empleadora. A mis concretos efectos, lo relevante es que dicho trabajador había sido despedido por medio de un correo electrónico (la plataforma digital demandada lo consideraba no un trabajador asalariado, sino un trabajador autónomo), debiendo pronunciarse el Tribunal Federal de Trabajo sobre las consecuencias jurídicas del hecho en cuestión, tras haber declarado que se trataba de un trabajador asalariado ordinario. Pues bien, la posición del Tribunal Federal de Trabajo —en línea con el *Comentario erfurtense*, que cita incluso expresa y nominalmente[24]— fue la que sigue: 1) «el correo-e de la demandada … ni siquiera cumple el requisito de forma del parágrafo 623 del C[ódigo]C[ivil]»[25], pues la «extinción por correo-e está expresamente excluida por la ley»[26]; 2) «para cumplir con la forma escrita del parágrafo 623 del C[ódigo]C[ivil], la extinción debe firmarse de manera manuscrita por el emisor …, y —dado que se trata de una declaración de voluntad de carácter recepticio— dirigirse también de esta forma al receptor»[27]; y 3) «en cuanto al fondo, el demandante tiene derecho a la retribución derivada de la

[18] *Ibidem*. Textualmente, «*es kommt allein die formgerechte Wiederholung der Kündigung in Betracht, die dann aber erst mit ihrem erneuten Ausspruch unter Beachtung der Schriftform Wirkung entfaltet*».

[19] P. 1713, marg. 22. Textualmente, «*die Nichtigkeit einer vom AG unter Missachtung der schriftform erklärten Kündigung kann vom AN unabhängig von der in § 4 KSchG geregelten Klagefrist geltend gemacht werden*».

[20] *Ibidem*. Textualmente, «*entscheidet … über den Beginn der Klagefrist*».

[21] Sobre esta figura, véase CABEZA PEREIRO, J.: "El despido tácito", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 64, 1994, pp. 297 y ss.

[22] Referencia oficial 9 AZR 102/20.

[23] Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J.: "La laboralización de los trabajadores al servicio de plataformas digitales por la jurisprudencia, en Alemania. Un estudio comparado con el Derecho español", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 1, 2021.

[24] Al respecto, cfr. marginales. 18, 31 y 38.

[25] Cfr. marg. 56, incisos primero y segundo. Textualmente, «*die E-Mail der Beklagten … genügt bereits nicht dem Formerfordernis des § 623 BGB*».

[26] *Ibidem*, inciso tercero, medio-inciso segundo. Textualmente «*die elektronische Form und damit eine Kündigung per E-Mail ist im Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen*».

[27] Cfr. marg. 62, inciso primero. Textualmente, «*zur Einhaltung der Schriftform des § 623 BGB muss die Kündigung gemäß § 126 Abs. 1 BGB vom Erklärenden eigenhändig unterschrieben und —da es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt— in dieser Form auch dem Erklärungsempfänger … zugehen*».

demora en la aceptación, en virtud del parágrafo 615, inciso 1, en conexión con el parágrafo 611a, apartado 2, del C[ódigo]C[ivil]»[28], pues «en su correo-e de 10 abril 2018, la demandada manifestó inequívocamente que ya no encomienda al demandante tareas …, y que le gustaría dejar completamente la colaboración con él»[29], por lo que «el demandante debía entender esto como una negativa [ilícita e ineficaz, dada la vulneración citada del parágrafo 623 del Código Civil] a ocuparle de una u otra forma»[30].

5. EPÍLOGO COMPARATISTA. LAS ANTÍPODAS ESPAÑOLAS DEL PARÁGRAFO 623 DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

Frente a este cosmos alemán protector del trabajador, las antípodas españolas se encuentran perfectamente representadas y encarnadas en una reciente Sentencia de la Sala de lo Social de Valladolid, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 19 abril 2021[31], cuya lectura escandalizaría no sólo a los políticos y académicos alemanes, sino también y sobre todo a los dirigentes de la Federación Alemana de Sindicatos. En esta sentencia, se confirma la caducidad de la acción de despido deducida por un trabajador, que no podía invocar su falta de conocimiento del hecho de haber sido despedido («el día 10 de octubre de 2019 el trabajador recibió un SMS [de la Tesorería General de la Seguridad Social] informándole de que había sido dado de baja el día 30 de septiembre de 2019»)[32], pues no cabe «dejar en manos del trabajador al que se le comunica por su empresa el despido, deja de prestar servicios efectivos y recibe sms de la Tesorería General de la Seguridad Social indicándole la fecha de baja, el momento [de inicio del cómputo del plazo de caducidad]»[33], dado que el despido «puede producirse de manera verbal e incluso tácita, lo que influye no en cuanto a determinar su inexistencia …, sino en cuanto a su calificación como improcedente, o en su caso, nulo, siendo lo determinante a efectos de apreciar o no la posible caducidad del despido, la fecha de efectos y el momento en que el trabajador tiene conocimiento de su existencia, lo que en este caso, se produjo … el día 10 de octubre de 2019 …, lo que a su vez implica la correcta apreciación de la excepción de caducidad, tal como se efectúa en la Sentencia de instancia, por haber transcurrido más de veinte días hábiles conforme al cómputo de fechas indicado en ella»[34]. La reflexión que a mí me suscita esta sentencia es la de que en España, si realmente quiere protegerse a la trabajadora o al trabajador (también, si eventuales «abejas-obreras» de un «enjambre» digital) despedidos, debería ponerse un punto y final al trayecto que el legislador y los jueces laborales vienen recorriendo en materia de exigencias formales del despido (desde la promulgación del Decreto franquista de 1956, sobre la carta de despido[35], y cuyo último mojón no lo encarna la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 enero 2020[36], sobre el cómputo del plazo para impugnar un despido practicado por burofax, sino más bien el híper-

[28] Cfr. marg. 72. Textualmente, «*der Kläger hat dem Grunde nach einen Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs nach § 615 Satz 1 iVm. § 611a Abs. 2 BGB*».

[29] Cfr. marg. 78, inciso segundo. Textualmente, «*die Beklagte hat in ihrer E-Mail vom 10. April 2018 unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie den Kläger nicht mehr mit Kontrollaufgaben betraut und die Zusammenarbeit mit ihm vollständig einstellen möchte*».

[30] *Ibidem*, inciso tercero. Textualmente, «*der Kläger musste dies als Weigerung verstehen, ihn auch nur irgendwie zu beschäftigen*». Sobre la potencia del tema de la *mora accipiendi* empresarial en Alemania, también en el plano del Derecho colectivo del Trabajo, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J.: "El cierre patronal en los manuales españoles de Derecho del Trabajo del siglo XX. A propósito de su tratamiento en la primera edición del "Derecho del Trabajo" del profesor Diéguez", en CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (Coords.): *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum-Universidad de Vigo, 2008, p. 259.

[31] Recurso de suplicación núm. 416/2021.

[32] Cfr. Fundamento de Derecho segundo, párrafo primero.

[33] Cfr. Fundamento de Derecho tercero, párrafo tercero.

[34] *Ibidem*, párrafo quinto.

[35] Sobre dicha norma franquista, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 4ª ed., Barcelona, Atelier, 2016, p. 167.

[36] Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2578/2017.

tecnocrático Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de dicha Sala de 6 julio 2016[37], sobre «Notificaciones a través del sistema Lexnet en el orden social y plazos procesales», que también ha acabado utilizándose para computar el plazo de impugnación del despido[38]), para que quedase claro como en Alemania, aunque ya con un retraso de veinte años, no sólo que los tribunales laborales no pueden estar entretenidos resolviendo pleitos estériles («improductivos», recuérdese), sino también que el trabajador despedido merece certidumbre máxima («manuscrita», recuérdese; aquí acabaremos admitiendo, si es que no se produce un giro de 180 grados, el despido a través de medios electrónicos «*cool*», como Twitter o Whatsapp) acerca de si ha sido o no despedido, y —supuesto que lo haya sido— acerca de cuáles son las causas justificadoras de su despido.

6. BIBLIOGRAFÍA

CABEZA PEREIRO, J.: "El despido tácito", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 64, 1994.

GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 1997.

MARTÍNEZ GIRÓN, J.: "La laboralización de los trabajadores al servicio de plataformas digitales por la jurisprudencia, en Alemania. Un estudio comparado con el Derecho español", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 1, 2021.

MARTÍNEZ GIRÓN, J.: "El cierre patronal en los manuales españoles de Derecho del Trabajo del siglo XX. A propósito de su tratamiento en la primera edición del "Derecho del Trabajo" del profesor Diéguez", en CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (Coords.): *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum-Universidad de Vigo, 2008.

MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 4ª ed., Barcelona, Atelier, 2016.

MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, A Coruña, Netbiblo, 2007.

MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Editores): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2020.

[37] Puede consultarse su texto en el sitio oficial en Internet del Consejo General del Poder Judicial, ubicado en www.poderjudicial.es (acceso directo a través de https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-de-lo-Social-del-Tribunal-Supremo-de-06-07-2016--sobre-notificaciones-a-traves-del-sistema-Lexnet-en-el-orden-social-y-plazos-procesales).

[38] Véase, en este sentido, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 19 febrero 2021 (recurso de suplicación núm. 1722/2020), Fundamento de Derecho tercero, párrafo octavo, a propósito de un despido practicado por correo electrónico y por burofax.

Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social

Laborum

El impacto de la COVID: ¿un nuevo Derecho del Trabajo para un trabajador nuevo?

The impact of COVID: a new Labour Law for a new worker?

MARÍA LUZ VEGA RUIZ *Consejera Especial*
Departamento de Investigación OIT.

Cita sugerida: VEGA RUIZ, M. L., "El impacto de la COVID: ¿un nuevo Derecho del Trabajo para un trabajador nuevo?". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 2 (2022)*: 171-185.

Resumen

El mundo del trabajo se ha visto afectado radicalmente por la COVID. Así, el derecho social se ha convertido en una herramienta fundamental de la recuperación y del nuevo orden. La regulación y el desarrollo de las instituciones del mercado del trabajo se convierten en centrales para la elaboración de las políticas nacionales, que como consecuencia de la crisis, deben centrarse en el desarrollo y la dignidad del ser humano. El derecho del trabajo tras la COVID es un derecho fortalecido y más necesario que nunca.

Palabras clave

Derecho del trabajo; justicia social; nuevas formas de trabajo; condiciones de trabajo; COVID

Abstract

The world of work has been radically affected by COVID. Thus, social law has become a fundamental tool of recovery and the new order. The regulation and development of labour market institutions become central to national policy making, which, as a consequence of the crisis, must focus on human development and dignity. The right to work after COVID is a stronger and more necessary right than ever.

Keywords

Labour law; social justice; new forms of work; working conditions; COVID

1. REFLEXIONES PRELIMINARES

Pese a los progresos realizados en los últimos años en muchas de las materias socio laborales y en varias partes del mundo, cuando irrumpió la pandemia de COVID-19 diversos países seguían enfrentándose a importantes retos para reconocer los derechos fundamentales en el trabajo, y numerosos estados distaban de superar el reto de conseguir pleno empleo y un trabajo decente.

Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[1], la crisis del mercado de trabajo provocada por la pandemia de COVID-19 dista mucho de haber terminado, y al menos hasta 2023 el crecimiento del empleo no logrará compensar las pérdidas sufridas. Las estimaciones de la OIT indican que el déficit de puestos de trabajo derivado de la crisis llegará a los 75 millones en 2021 para luego reducirse a 23 millones en 2022. El correspondiente déficit en horas de trabajo, que abarca el déficit de puestos de trabajo y la reducción de horas, equivale a 100 millones de empleos a tiempo completo en 2021 y a 26 millones de empleos a tiempo completo en 2022. Esta insuficiencia de puestos y horas de trabajo viene a añadirse a los persistentes niveles de desocupación, subutilización de la mano de obra y condiciones de trabajo deficientes anteriores a la crisis. Si a ello añadimos que el número de personas desempleadas en el mundo en 2022 se situara en 205 millones, muy por encima de los 187 millones de 2019 la situación resulta, por lo menos preocupante.

Si bien las previsiones alientan la idea de una recuperación en la segunda mitad de 2021, siempre y cuando la situación pandémica general no se agrave, lo cierto es que, habida cuenta de la desigualdad de acceso a las vacunas y la limitada capacidad de la mayoría de las economías

[1] *OIT Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: Tendencias 2021* Ginebra. https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/trends2021/WCMS_825200/lang--es/index.htm

Fecha Recepción: 7/2/2022 - Fecha Revisión: 14/2/2022 - Fecha Aceptación: 14/2/2022
Pags. 171-241

desarrolladas y emergentes para respaldar medidas de estímulo fiscal fuertes, la recuperación será diferente y es probable que la calidad de los nuevos puestos de trabajo en los países menos desarrollados sea inferior.

La OIT señala que la caída del empleo y de las horas de trabajo se ha traducido en una reducción drástica de los ingresos laborales y el consiguiente aumento de la pobreza. En comparación con 2019, a nivel mundial, la categoría de trabajadores pobres o sumamente pobres (es decir, que esas personas y sus familias viven con una suma inferior a 3,20 dólares de los Estados Unidos por persona al día) se ha incrementado con 108 millones de personas más. Según el informe, "los cinco años de avance hacia la erradicación de la pobreza laboral se han perdido", y ello empaña el horizonte de la consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible de haber erradicado la pobreza en 2030.

La crisis de la COVID-19, ha afectado con más dureza a los trabajadores más vulnerables, de ahí que también haya agravado las desigualdades preexistentes. Dada la falta de protección social generalizada –por ejemplo, la de los 2000 millones de trabajadores del sector informal– las perturbaciones laborales relacionadas con la pandemia han tenido consecuencias catastróficas para los ingresos y los medios de subsistencias de las familias, además de a ver incrementado la perdida de derechos

Las mujeres se han visto particularmente afectadas por la crisis. Más allá de que en 2020, la contracción del empleo femenino fue del 5 por ciento frente al 3,9 por ciento del empleo masculino, el aumento de las responsabilidades domésticas derivadas del confinamiento por la crisis ha planteado el riesgo de un "retorno a lo convencional" con respecto a los roles de género y un aumento significativo del trabajo no remunerado. Jóvenes, personas con capacidades diferentes, personas de edad y otros grupos poblacionales considerados vulnerables se han visto más afectados y limitados.

Resulta por tanto evidente que la recuperación de la COVID-19 no es una mera cuestión sanitaria. Como señaló Guy Ryder al presentar el informe ya mencionado "Sin un esfuerzo deliberado para acelerar la creación de empleo decente y ayudar a los miembros más vulnerables de la sociedad, y a la recuperación de los sectores de la economía más afectados, los efectos de la pandemia podrían prolongarse durante años en forma de pérdida de potencial humano y económico, y de mayor pobreza y desigualdad", "Necesitamos una estrategia integral y coordinada, basada en políticas centradas en las personas, y respaldadas por la acción y la financiación. No puede haber una recuperación real sin una recuperación de puestos de trabajo dignos".

2. EL FUTURO Y/O EL PRESENTE

Si desde hace más o menos un decenio venimos hablando del futuro del trabajo y lo caracterizamos por la profundidad y la velocidad del cambio[2] y sus efectos en el mercado laboral, nunca pudimos pensar que un factor diferente de los vectores ya incorporados en el acervo común como sus conductores (medio ambiente, tecnología y demografía, entre otros), pudiera demandar respuestas inmediatas que han avanzado en la necesidad de construir y consolidar en un periodo ínfimo, lo que hoy es ya, el PRESENTE del trabajo.

[2] El informe de la Comisión Global sobre el futuro del trabajo señalaba "Hoy afrontamos uno de los desafíos más importantes de nuestros tiempos, por cuanto los cambios básicos y turbulentos que se están gestando en la vida laboral afectarán indefectiblemente a todas nuestras sociedades. Nuevos poderes están transformando el mundo del trabajo. Las transiciones que entrañan estos cambios crearán desafíos apremiantes" .Ver: *OIT Trabajar para un futuro más prometedor* – Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra, 2019, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf

El impacto social de la aparición del virus ha sido fulgurante, radical, imposible de prevenir y la posibilidad de tomar medidas preventivas difícil por la incertidumbre y el desconocimiento, así como por la capacidad de contagio.

Los cambios, como hemos visto, han sido profundos y más allá de los efectos reflejados en los números relativos a las de pérdidas de empleo, pobreza y destrucción de empresas, nos enfrentamos a un tejido social profundamente dañado por el miedo, la incertidumbre y la angustia[3]. No podemos olvidar que los efectos sobre la salud mental pueden ser devastadores[4].

Los sucesivos confinamientos y los cambios de reglas de conducta generan no sólo secuelas físicas y mentales, sino también implican un sentimiento de pérdida de los valores y libertades propios de nuestra cultura. El valor social del trabajo se cuestiona hoy individualmente, como consecuencia de la extensión del trabajo a distancia (aislado), aunque por otro lado la pandemia revela la función esencial que el trabajo tiene en cimentar la sociedad actual, quebrada por la angustia y el miedo.

Si algún aspecto puede considerarse positivo es que esta crisis reafirma que el trabajo es clave en el desarrollo humano y social, aunque quizás por las nuevas formas de desarrollarse (en un régimen de distancia o aislamiento en el propio centro de trabajo) lleva a cuestionar cómo esta función podrá desenvolverse y llevarse a la práctica, sin que se desvirtúe su carácter integrador en una sociedad democrática y de derecho.

Desde esta perspectiva, el coronavirus está demostrando ser un "hecho social total", un concepto acuñado por el sociólogo y antropólogo francés Marcel Mauss[5] para referirse a aquellos fenómenos que ponen en juego la totalidad de las dimensiones de lo social.

No cabe duda que afrontamos una crisis general (aunque esencialmente en su origen sanitaria) que cuestiona nuestro valores y nuestras instituciones, poniendo de manifiesto la insuficiencia de los mecanismos «ordinarios» de tutela del actual estado de bienestar (en la mayor parte de los países se ha tenido que acudir a situaciones de emergencia, alarma o excepción con la consecuente limitación de libertades) para prevenir y afrontar sus efectos disruptivos sobre la continuidad de la actividad productiva y el desarrollo y el progreso social, así como para responder a la demanda y al bienestar de los ciudadanos.

3. ¿EL MUNDO DEL TRABAJO HA CAMBIADO?

En las primeras páginas del presente artículo queda patente que la covid-19 ha provocado el mayor "cambio" en tiempos de paz que ha sufrido la fuerza laboral mundial y basta con citar que en mayo de 2020, el 94% de los trabajadores de todo el mundo vivía en países con algún tipo de restricción de acceso a su lugar de trabajo.

Las ya mencionadas pérdidas de empleo, desigualdades, inequidades y el aumento de la pobreza relativa, unida a la lenta recuperación económica afectará el trabajo en el mundo y en particular a las personas y sectores más vulnerables. Es evidente que la crisis sanitaria que afecta al mundo entero ha generado, acelerado o puesto al descubierto, debates en torno al ámbito laboral que ponen en cuestión ciertos paradigmas y que han modificado el propio mundo del trabajo.

[3] Según NNUU, varias encuestas muestran **un aumento del sentimiento de angustia** en el 35% de la población encuestada en China, el 60% en el Irán y el 45% en los Estados Unidos. La misma fuente indica que las afecciones neurológicas ocultas también aumentan el riesgo de hospitalización por COVID-19, señala, mientras que el estrés, el aislamiento social y la violencia familiar probablemente afecten a la salud cerebral y al desarrollo de los niños pequeños y los adolescentes. Además, el aislamiento social, la reducción de la actividad física y la disminución de los estímulos intelectuales aumentan el riesgo de deterioro cognitivo y demencia en los adultos de más edad. Ver Noticias ONU. https://news.un.org/es/story/2020/05/1474312

[4] Ver NNUU https://news.un.org/es/story/2020/05/1474372

[5] MAUSS, M.: *Ensayo sobre el don, forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*, Madrid, Sociología y Antropología, 1971.

Sin duda el cambio más llamativo lo representan las nuevas formas de organización del trabajo. Más allá de la expansión del teletrabajo y la extensión de la digitalización (que ha acelerado tanto la automatización del trabajo – eliminando trabajos y/ o funciones-, y que ha supuesto la aparición y desarrollo de las plataformas), la COVID ha inducido a la utilización masiva del trabajo a distancia, sin reglas fijas y de forma muy desigual las ocupaciones y sectores

Según la OIT[6] en Abril del 2020, 59 países habían aplicado medidas de teletrabajo para servicios no esenciales como consecuencia del confinamiento y la necesidad de guardar la distancia física. La misma nota indicaba que uno de cada seis ocupaciones en todo el mundo (uno de cuatro en los países industrializados) podrían hacerse a distancia, pero que para poderlas ejecutar de forma efectiva los países deberían invertir en mejorar la infraestructura de sus telecomunicaciones. El uso del teletrabajo parece haberse estabilizado desde entonces, pero su regulación si bien sigue siendo un área de interés, no es aún un hecho generalizado. Temas como la conciliación, el tiempo de trabajo y los descansos o los problemas relativos a la falta de comunicación y el aislamiento siguen siendo grande incógnitas.

La pandemia también ha cuestionado las operaciones y la forma de trabajo de las cadenas de suministro. Las disrupciones en el país donde se origina la cadena producen un efecto ola con impacto no sólo en un sector concreto sino en la economía en general, afectando a productores y demandantes[7]. Es claro que el cierre de fábricas en China provocó la disminución de operaciones o el cierre de otras empresas en otros países[8]. Si a esto añadimos el impacto del cierre de fronteras los efectos adversos en particular en el sector primario son evidentes

El impacto de la COVID en el comercio internacional fue analizado de forma preliminar por la Conferencia sobre el Comercio y Desarrollo de NNUU (UNCTAD) revelando que incluso un pequeño descenso del comercio en bienes intermediarios puede tener graves efectos[9]. Por otro lado la COVID comportará grandes cambios en la demanda (educciones y cambios de interés en productos) que pueden verse agravados por el impacto de la distancia social y las medidas de higiene y desinfección en por ejemplo, el sector textil.

Un segundo cambio se produce en la definición de la relación de trabajo en sus tipos, y en la prevalencia de las profesiones y formas de trabajo/ empleo. Nuevas profesiones surgen ocupando posiciones centrales en el panorama productivo y la incidencia de algunos de los hasta ahora considerados trabajos no remunerados son parte del motor central de la economía postpandemia.

Toda la economía del cuidado y el personal sanitario y otros trabajos como limpieza o suministros requieren de una atención específica, no sólo en términos de valoración social, sino también en materia de protección y seguridad y salud en el trabajo (SST)

Por otro lado. la pandemia ha puesto en evidencia las falencias de regulación social entre otras, en relación al trabajo doméstico (y el problema del confinamiento social lo muestra de forma significativa), los servicios a fincas públicas, la atención a servicios esenciales de abastecimiento y de forma muy particular a los trabajadores de plataformas.

La tipificación de la relación laboral, y la apropiada cobertura, vuelve de nuevo a plantear la necesidad de establecer o bien un listado de derechos aplicables a toda persona que ejerce una

[6] ILO brief 07 Abril 2020 Working from Home: Estimating the worldwide potential. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/briefingnote/wcms_743447.pdf

[7] UNCTAD, 2020. *Trade and Development Report Update: Global trade impact of the Coronavirus (COVID-19) epidemic*.

[8] https://www.caranddriver.com/news/a31753194/ford-gm-honda-shutdown-us-plants/; https://www.cnet.com/roadshow/news/covid-19-automakers-plant-shutdowns-coronavirus/

[9] UNCTAD, 2020. *Trade and Development Report Update: Global trade impact of the Coronavirus (COVID-19) epidemic*.

actividad laboral , es decir la creación de un "catálogo de derechos básicos"[10] *para todo tipo de trabajador, independientemente de su relación laboral que evite competencia y acreciente las desigualdades, o bien, siguiendo a la Comisión sobre el futuro del trabajo*[11]*, la puesta en práctica de una Garantía Laboral Universal que establezca la necesidad de que todos los trabajadores gocen de " un conjunto de condiciones de trabajo básicas: i) «un salario vital adecuado»*[12]*; ii) limitación de las horas de trabajo*[13]*; y iii) mayor seguridad e higiene en los lugares de trabajo.*

Un tercer aspecto, se refiere a la necesidad de protección social para todos los trabajadores, hoy necesaria de forma urgente como consecuencia de las enormes repercusiones económicas de la crisis sanitaria. Si la protección social es fundamental con carácter general, el efecto de la suspensión de actividad y el confinamiento ha afectado más duramente a la población con una mayor situación de desprotección y precariedad o con sistemas de protección más débiles. De ahí que este reto, en términos de política social «redistributiva», sea una de las grandes cuestiones. Es necesario considerar que, en 2020, solo el 46,9 por ciento de la población mundial estaba efectivamente cubierta por al menos una prestación de protección social[14].

La pandemia ha puesto de manifiesto las profundas desigualdades y las importantes brechas en la cobertura, la integralidad y la adecuación de la protección social en todos los países. Retos muy extendidos como los altos niveles de inseguridad económica, la pobreza persistente, el aumento de la desigualdad, la informalidad generalizada y un contrato social frágil se han visto agravados por la COVID-19. La crisis también ha evidenciado la vulnerabilidad de miles de millones de personas que parecían salir adelante relativamente bien, pero que no estaban adecuadamente protegidas de las ondas de choque socioeconómicas que ha emitido. Las repercusiones socioeconómicas de la pandemia han hecho que las personas responsables de la formulación de políticas no puedan dejar de lado a una serie de grupos de población –entre los que se encuentran los niños, los adultos mayores, los cuidadores no remunerados y las mujeres y hombres que trabajan en diversas formas de empleo y en la economía informal– que estaban cubiertos de forma inadecuada o no estaban cubiertos en absoluto por las medidas de protección social existentes.

En cualquier caso y revisando las medidas tomadas por muchos de los países (esencialmente industrializados), en la actualidad parece bastante cierto que éstas no van a alcanzar a ciertos sectores de la población más desprotegidos, como a los trabajadores de la economía informal, los inmigrantes en situación irregular– o a aquellos que están excluidos del sistema de protección por desempleo (*v. gr.*, el personal al servicio del hogar familiar). Este contexto es el que ha abierto el debate de la necesidad de sostener un nivel mínimo de ingresos, y como consecuencia ha llevado a legislar proponiendo alguna medida de «subsidio excepcional» universal o «renta mínima» como red de protección para atender las situaciones de vulnerabilidad, ya sea temporal o ligado a la COVID o de carácter más permanente y con ciertos requisitos (es el caso de varios países europeos como Alemania, Dinamarca, Francia, España e Italia, entre otros). En todo caso como señala el informe mencionado de la OIT "La COVID-19 ha subrayado la importancia crítica de lograr la protección social universal. Es fundamental que los países –los gobiernos, los interlocutores sociales

[10] Ver por ejemplo, Infolibre. Trabajadores o 'freelancers'? Apuntes sobre el trabajo en las plataformas digitales. https://www.infolibre.es/noticias/luces_rojas/2017/12/06/trabajadores_freelancers_apuntes_sobre_trabajo_las_plataformas_digitales_72746_1121.html

[11] Página 40 op. cit.

[12] El Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 131), prevé un salario mínimo, teniendo en cuenta: a) las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales; y b) los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo. Se pueden diseñar las modalidades de aplicación de manera que también regulen el pago a destajo y el salario por hora de los trabajadores por cuenta propia.

[13] Constitución de la OIT, 1919.

[14] *OIT Informe Mundial sobre la Protección Social 2020–2022*, Ginebra, 2021 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_817576.pdf

y otras partes interesadas– resistan las presiones para volver a un camino fácil y adopten el camino óptimo hacia la protección social para hacer frente a la pandemia en curso, así como para asegurar una recuperación centrada en las personas y un futuro inclusivo"[15].

Si la digitalización y la tecnología ya habían abierto discusiones y reflexión por parte de los actores sociales sobre el ejercicio de los derechos colectivos, la COVID pone más en evidencia la necesidad del ejercicio de tales derechos fundamentales y la importancia de ser innovador.

Si con el uso de la tecnología, *las vías tradicionales de representación de los trabajadores se vieron alteradas, al recrudecerse los problemas para mantener los índices de afiliación,(tanto por la dispersión de las nuevas formas de trabajo fruto de la disminución de trabajadores en el centro de trabajo, como por la aparición de nuevas maneras de promover y ejercer la representación), la COVID recrudece las dificultades por el uso del trabajo a distancia, pero abre lamentablemente la posibilidad de una acción más efectiva y directa al incrementarse la cifra de trabajadores vulnerables. Nuevas formas de ejercicio de la acción sindical se hacen así necesarias, y deben pasar por el uso de tecnología y start aps, al igual que los medios de ejercer el voto y el derecho a opinar en el interior de las organizaciones. También son centrales las nuevas vías de comunicación, así como nuevas formas de acción expedita en casos de pobreza extrema.*

El dialogo social y su derecho de base, la negociación colectiva se convierte en elementos básicos[16] *de las políticas de recuperación post COVID.* Sólo con dialogo se podrán legitimar y definir políticas efectivas de respuesta, creándose a la vez una apropiación de los resultados que tiene un importante eco social. Además, el dialogo social genera confianza, valor fundamental para garantizar cohesión social y resiliencia en momentos críticos y de reconstrucción.

Será, sin embargo, necesario tras el dialogo poner en marcha nuevos acuerdos bipartitos y negociación colectiva para responder a las necesidades sectoriales y nacionales. El uso de la tecnología y la comunicación será el punto de partida tanto para tener una mayor difusión y compromiso, como para evitar los contagios en la desescalada.

De un punto de vista más procedimental y administrativo, la COVID ha vuelto a traer a primera línea la necesidad de protección por pérdida de empleo en caso de suspensiones y terminaciones de la relación laboral generalizadas e incluso masivas. En efecto, ha hecho necesario establecer nuevos mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos, facilitando y haciendo más expeditos los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor o por necesidades de la empresa, de manera que no sea necesario acudir a extinguir el contrato,, acompañándolo –como fórmula de apoyo– de medidas también excepcionales de Seguridad Social en materia de cotización y /o creando de forma temporal una prestación excepcional por desempleo como consecuencia de la COVID. También el trabajo independiente/ autónomo requiere de medidas específicas, en término de apoyo económico, exenciones impositivas etc.

Sin embargo, no todos los países cuentan con sistemas de protección y tutela que permiten la puesta en práctica de estas medidas (basta saber el número de países que no cuentan con seguro de desempleo), ni todos los trabajadores pertenecen a la economía formal, creándose bolsas de pobreza extrema y nuevos grupos vulnerables: es por ello que la pandemia deja en evidencia la necesidad de contar con la base para establecer este tipo de mecanismos.

Las condiciones de trabajo como consecuencia de lo antedicho se han visto transformadas de forma radical. Más allá del tiempo de trabajo (completamente transformado como consecuencia del teletrabajo y de las necesidades de cuidado de la familia "confinada"), la salud y la protección de datos se convierten en piezas angulares de la nueva regulación social.

[15] OIT op. cit. P. 7.

[16] ILO polocy brief. May 2020. *The need for social dialogue in addressing the COVID-19 crisis*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/briefingnote/wcms_743640.pdf

En efecto, sin perjuicio de las dificultades de regular el tiempo de trabajo a distancia, la COVID aporta nuevos aspectos al «derecho de adaptación del horario y reducción de jornada», legislado en la mayor parte de los países. Nuevas reglas intentan establecer derechos limitados y condicionados a la acreditación de deberes de cuidado de los convivientes o familiares por consanguinidad, siempre que concurrían circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del virus.

Muy ligado a la regulación de la jornada se encuentra la protección de la salud del trabajador. La COVID ha demostrado su centralidad en el ámbito laboral, a la vez que asienta la tendencia progresiva a que la salud en el trabajo sea observada y completada con políticas de salud pública En situaciones de pandemia, la prevención y la atención directa al riesgo deben tratarse por igual y es necesario coordinar las políticas respectivas. Temas como la posibilidad de separarse o cesar la actividad en caso de riesgo, el qué debe considerarse servicio esencial, y sí y cuándo, la COVID debe calificarse como enfermedad profesional, son cuestiones centrales a plantearse a la hora de legislar por sus repercusiones en lo social y en lo público. La salud se encuentra en el epicentro de la protección del trabajador.

Es por ello que como base de un nuevo proyecto para proteger la salud común. algunos países hablan de una recuperación verde, con una inversión pública extensiva en prevención primaria[17]. Lo cierto es que en un mundo donde un virus ataca al individuo y le obliga a confinarse fuera del espacio público, el medio ambiente se encuentra en proceso de recuperación y esto influye directamente en el ámbito laboral. Muestra de ello es que la OMS estima que las emisiones de dióxido en el mundo han decrecido diariamente en un 17% lo que se traduce en un ambiente más limpio. Las dimensiones que alcanza el derecho de la salud en el trabajo pueden ser, hoy, centrales en el desarrollo de las nuevas políticas socioeconómicas.

No hay que olvidar que la creación de empleo es una consideración clave en la planificación del crecimiento económico bajo en carbono. La adopción generalizada de las energías renovables forja oportunidades de trabajo en toda la cadena de suministro. A nivel mundial, el sector empleaba a 11 millones de personas a fines de 2018, según la Agencia Internacional de Energías Renovables (IRENA). No cabe duda de que impulsar una transformación energética basada en estas energías, es una oportunidad para cumplir los objetivos climáticos internacionales mientras se favorece el crecimiento económico, se crean millones de empleos y se mejora el bienestar humano[18].

La privacidad de datos en el ámbito laboral ya era un tema central en las discusiones sobre el futuro del trabajo[19]. Son numerosos los países que han puesto en marcha las salvaguardas y reglas necesarias para permitir legítimamente los tratamientos de datos personales en situaciones como la presente en que existe una emergencia sanitaria de alcance general, no habiéndose suspendido tal derecho en estados de emergencia o alarma[20]. La protección de los datos es un tema de interés público

[17] Ver https://www.theguardian.com/environment/2020/may/26/world-health-leaders-urge-green-recovery-from-coronavirus-crisis

[18] Según el estudio de IRENA Energías Renovables y Empleos- Balance anual, la adopción de las renovables podría impulsar un aumento de US$ 98 billones en las ganancias acumuladas del Producto Interno Bruto mundial de aquí a 2050. En este proceso, casi se cuadruplicarían los puestos de trabajo en el sector, hasta los 42 millones, y se ampliaría el empleo en el campo de la eficiencia energética hasta los 21 millones de puestos de trabajo.

[19] La Declaración del Centenario de la OIT lo liga al trabajo decente, exhortando a que se desarrollen "políticas y medidas que permitan asegurar una protección adecuada de la privacidad y de los datos personales y responder a los retos y las oportunidades que plantea la transformación digital del trabajo, incluido el trabajo en plataformas, en el mundo del trabajo". punto III. C, v) OIT CIT, Junio 2019 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf.

[20] A título de ejemplo cabe mencionar que el Comité Europeo de Protección de Datos fijó las líneas generales de su posición en relación con el tratamiento de datos personales en el contexto de la crisis sanitaria del Covid-19, en una declaración del pasado 19 de marzo de 2020. En ella deja meridianamente claro que el Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016) y *(...)*

Por otro lado, en el ámbito laboral, los empleadores tienen la obligación legal, en virtud de la normativa de prevención de riesgos laborales, de proteger la salud de sus trabajadores y mantener el lugar de trabajo libre de riesgos sanitarios justificándose así. la solicitud de información a los empleados y visitantes externos y podrán conocer si la persona está infectada o presenta sintomatología relacionada con la enfermedad, para diseñar a través de su servicio de prevención los planes de contingencia que sean necesarios, o que hayan sido previstos por las autoridades sanitarias. Esta información debería proporcionarse al personal de la empresa sin identificar a la persona afectada a fin de mantener su privacidad, salvo que deba transmitirse la identificación de la persona a requerimiento de las autoridades competentes.

Si bien parecería en una lectura rápida existir cierta colisión, lo cierto es que es posible facilitar datos necesarios sin afectar el derecho a la privacidad, incluso en situaciones de confinamiento y alejamiento del centro de trabajo

Otros temas como la toma de temperatura o el uso de pruebas PCR antes de iniciar la actividad laboral podrían sin embargo afectar el derecho, y son ya varios los casos donde se demanda el pronunciamiento de los tribunales o de la administración de trabajo con el fin de hacer valer un derecho fundamental de toda la sociedad, convirtiéndolo en un derecho básico en el trabajo. La esfera de lo social y de lo general aparecen de nuevo conectadas e incluso confundidas en relación a este derecho, como ocurría en el caso de la salud.

4. ¿HACIA UN NUEVO DERECHO DEL TRABAJO?

Repasando las páginas anteriores es indudable que no hablamos de nuevos temas, de nuevas categorías de trabajadores o de novísimas formas de trabajo. Los temas preexistían la pandemia, pero o bien eran incipientes, o sólo eran parte de una discusión elaborada sobre el valor y las perspectivas del derecho del laboral en el futuro.

Lo cierto es que la COVID ha cambiado nuestra percepción sobre la necesidad de un derecho social, poniendo en la mesa de forma urgente la discusión sobre la necesidad de protección y de una legislación adaptada y con normas que garanticen la flexibilidad interna. La pandemia ha modificado no sólo la percepción sobre el derecho sustantivo, sino el propio proceso como consecuencia del confinamiento y la distancia.

Cómo señala la profesora Casas Bahamonde "en un escenario cambiante por la propia naturaleza de la crisis sanitaria y la velocidad de contagio del virus, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no se ha comportado como un Derecho "de" la emergencia, que introduce nuevas técnicas frente a una situación de crisis con un efectos de reducción de los derechos de trabajadores para salvar a las empresas y que, superada ésta, integra esas técnicas en el ordenamiento jurídico con proyección de futuro, estableciendo nuevos equilibrios entre los intereses de los trabajadores y empresarios ante la irreversibilidad de la evolución económica y social, sino que ha desarrollado medidas extraordinarias para amortiguar sus efectos para las empresas y los trabajadores, que han excepcionado temporalmente las condiciones y requisitos de aplicabilidad de normas ya existentes, o han creado nuevas normas con igual finalidad excepcional, en una emergencia cotidiana y, en principio, efímera. No ha sido un Derecho "de" la emergencia, sino un Derecho "en" la emergencia"[21].

Esta perspectiva afianza sin duda el papel equilibrador y protector del derecho del trabajo y su función esencial en un contexto de reconstrucción social. La necesidad de contar con un derecho laboral especifico como rama del ordenamiento jurídico, parece haberse consolidado con la COVID.

demás normativa de protección de datos no debe *per se* obstaculizar las medidas que hayan de tomarse en la lucha contra la pandemia del coronavirus.

[21] El País. 22 de abril 2020 *El Derecho del Trabajo en la emergencia del Covid-19*. https://elpais.com/economia/2020/04/21/alternativas/1587464536_905491.html

Es importante no obstante señalar que este derecho se ha desarrollado en un ámbito limitado por estados excepcionales con limitación de libertades, lo que podría privarle de legitimidad, aunque esta situación debería considerarse compensada por la utilización en numerosos países del dialogo como fundamento de la reforma (más si consideramos que la negociación colectiva, derecho en que se basa el dialogo, es fuente del ordenamiento laboral).

Este nuevo derecho no puede ser efímero pues su existencia será igualmente necesaria cuando se inicie el período de reconstrucción. Pero como señala la profesora Casas "nada asegura que la actuación sobre el sistema económico y el empleo vaya a seguir pautas expansivas del gasto público que presionen en exceso sobre la capacidad de endeudamiento del Estado". Abordar el impacto de la Covid-19 en, como se mencionó, un tejido social terriblemente afectado y en una crisis económica de carácter muy grave es una tarea complicada pues el virus no tendrá efectos sólo a corto plazo. Por ello este Derecho del Trabajo en la emergencia, deberá tener visos de permanencia y consolidarse como parte del derecho laboral del futuro, más aún cuando no se descartan repuntes de la epidemia o nuevas "crisis".

5. ¿CUÁLES SON ELEMENTOS PARA CONSTRUIR ESTE NUEVO Y NECESARIO DERECHO DEL TRABAJO?

De lo expuesto se desprenden cierto número de elementos que deben ser considerados al plantear este nuevo derecho del trabajo, marcado por la urgencia, la emergencia y la necesidad de preservar los valores sociales originales, pero en un contexto de adaptabilidad,

La salud y el trabajo se consolidan como bienes protegibles interdependientes. No cabe hablar de un trabajo decente, sin hablar de un trabajo sano y seguro. La regulación de la prevención se convierte en pieza central en este nuevo paradigma legislativo. En todo caso la protección de la salud en la actualidad, no sólo cobra perspectivas nuevas, sino que adquiere centralidad (o la recupera) en el mundo del trabajo[22].

Este no es sin embargo un tema nuevo. La propia OIT en el Preámbulo de su Constitución[23] ya señala que en su origen y fundamento está el hecho de "*que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y (considerando) que es urgente mejorar dichas condiciones"*. Incidiendo en esta idea la Declaración de Filadelfia (anexo de la Constitución) considera que, entre otras, es necesario fomentar programas que permitan "*adoptar, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección*; así como *"proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones.*

Antes de la pandemia, se estimaba que el número de personas que morían en edad laboral era de anualmente 12,2 millones, mayormente en países en desarrollo, calculándose que los problemas relacionados con el trabajo ocasionan una media de pérdidas nacionales que van del 4 al 6% del PIB[24]. Si sumamos las defunciones por COVID (muchas de ellas posiblemente calificable como enfermedades profesionales) las cifras son alarmantes; tanto en término de vidas como en consecuencias económicas.

Es necesario por tanto delimitar una regulación laboral inclusiva que redefina *los riesgos laborales y su prevención, así como que determine en función de la causalidad. nuevas enfermedades profesionales, incluyendo nuevos criterios dónde temas como el bienestar físico,*

[22] OIT. Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, *Trabajar para un futuro más prometedor*, 2019 Ginebra, p. 40

[23] https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO

[24] Benavides, Consol, George *What can be public health do for the welfare state? Occupational health could be an answer en Benavides FG at al J Epdiemial community Health 2019*

psicológico y sensorial tiene un lugar preminente por la incorporación de las tecnologías, aspectos que quedan intrínsecamente ligados con las demás condiciones de trabajo.

En relación a las enfermedades profesionales y, consciente de este problema[25], la OIT revisó la lista de enfermedades profesionales en anexo a la recomendación 194 (Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales, 2002) estableciendo la posibilidad de ampliar la lista a nivel nacional cuando científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, se pueda establecer un vínculo directo entre la exposición a factores de riesgo que resulte de las actividades laborales.

Será también necesario considerar en esta nueva legislación los aspectos relativos a la igualdad, ya que las desigualdades sociales existentes afectan de forma directa a la salud y que la mortalidad aumenta en relación a la pobreza, la vulnerabilidad y la marginación. De hecho, a más causas de desigualdad acumuladas; mayores efectos sobre la salud[26]. Es por ello que no hay que olvidar que la OMS considera que la principal causa de la mala salud es la pobreza extrema[27].

En un contexto de situación de emergencia sanitaria es fundamental no dejar en el tintero la necesidad de promover un enfoque global del bienestar en el trabajo que exige que los agentes interesados –autoridades públicas, interlocutores sociales, empresas, aseguradores públicos y privados, etc.– persigan objetivos complementarios, tales como: la reducción del número de accidentes y enfermedades profesionales; la integración de la dimensión de igualdad entre hombres y mujeres en la evaluación del riesgo; la prevención de los denominados «riesgos sociales»; la consideración de la evolución demográfica y su incidencia en cuanto a riesgos accidentes y enfermedades; el examen de los cambios en las formas de empleo, las modalidades de organización del trabajo y la jornada laboral; la incidencia de los riesgos en las pequeñas empresas; y el análisis de los riesgos nuevos o emergentes, y todo en ello en un mundo con peculiaridades crecientes.

Es necesario además consolidar una verdadera cultura de la prevención también a través de los mecanismos legales, en la que se incluyan los distintos sujetos del mercado de trabajo. Para ello, frente a una limitación de la prevención a los riesgos específicos y clásicos se debe abordar una orientación que tienda a la promoción del «bienestar en el trabajo» en tres ámbitos complementarios: educación, sensibilización y adaptación de los riesgos nuevos y emergentes[28].

Ligado a la salud y la cobertura de riesgos, los sistemas de protección social cobran especial relevancia en la situación COVID / post-COVID. No hay que olvidar que salud laboral y salud pública aparecen cada día más relacionadas, lo que tendrá efecto en el diseño de los regímenes de previsión y la cobertura y financiación de los riesgos comunes y de trabajo. La pandemia confirma la necesidad de contar con sistemas de protección social suficientes, y asistencia sanitaria universal, a la vez que conciencia de forma palpable la necesidad de cubrir con regímenes de salud universales.

[25] En el preámbulo de la revisión señala "que la CIT …..teniendo presente la necesidad de mejorar los procedimientos de identificación, registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, con el fin de determinar sus causas, establecer medidas preventivas, promover la armonización de los sistemas de registro y notificación y mejorar el proceso de indemnización en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales;….adopta tal revisión".

[26] Como señalaba Johan Peter Frank, la miseria es la madre de las enfermedades.

[27] OMS Rapport sur la Santé dans le Monde; réduire les Ecarts Ginebra OMS 1995.

[28] En cuanto a la educación se entiende que el factor determinante es la formación profesional continua. De ahí que para que tenga incidencia directa en el entorno de trabajo debe impartirse regularmente y adaptarse a las realidades del trabajo cotidiano. Por lo que se refiere a la sensibilización, debe movilizar instrumentos variados dirigidos a un público específico a través de una adaptación adecuada del entorno de trabajo.

El empleo y la protección social aparecen, así mismo, vinculados planteando la necesidad de asegurar rentas mínimas en caso de pérdida de empleo y de establecer medidas de amparo social en la emergencia[29].

Las condiciones de trabajo[30] adquieren en el presente especial relevancia en la regulación en las actuales circunstancias, replanteando quizás la centralidad que les fue dada en la Constitución de la OIT y en la Declaración de Filadelfia. La creciente tendencia en las discusiones hacia esta centralidad queda reflejada recientemente el concepto de condiciones de trabajo seguras y saludables, acuñado por la OIT.

Esta nueva formulación fue ya reconocida en la Declaración de Justicia Social[31], donde las condiciones de trabajo (sanas y saludables) son consideradas como una medida de protección social[32] que deberá será sostenible y adaptada a las circunstancias nacionales[33].

Este concepto se recoge de nuevo en la Declaración del Centenario de la OIT[34] que insiste así mismo en algunas ocasiones en la necesidad de tener *condiciones de trabajo más humanas*, alineándose con la Constitución original de la OIT y con la idea general de un futuro del trabajo centrado en las personas.

Situar las condiciones de trabajo como elemento central de la legislación plantea la consideración de volver a reflexionar sobre la importancia de contar con derechos imperativos[35] (ius cogens) muy manejada por la doctrina civil hace más de veinte años y quizás un tanto abandonada con la aparición del concepto derechos fundamentales en el trabajo.

A diferencia de los derechos fundamentales, entendidos como los derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde su concepción, son parte de la dignidad humana y que por tanto se sitúan en la Constitución como normas jurídicas supremas[36], los derechos reconocidos como ius cogens no necesitan tener el rango constitucional aunque se trata de derechos y garantías mínimas en favor de los trabajadores que por su necesidad para sustentar otros derechos básicos (entre otros el derecho y el deber de trabajar) jamás se podrán abatir en su perjuicio, es decir no derogables por contrato.

Desde esta aproximación, parecería evidente que las que puedan delimitarse como condiciones de trabajo sano y saludable- más aún en este derecho que surge de la pandemia, tan

[29] Para más información ver *OIT plataforma de protección social*. https://www.social-protection.org/gimi/ShowWiki.action;jsessionid=s1lgsLvY3u95JWlUuKH9vwLoG70j7TS3LvzchtiZbYf0uH1nqgDs!-1326307086?id=62&lang=ES.

[30] De forma general, y revisando la mayor parte de las definiciones técnicas se entiende como condiciones de trabajo cualquier aspecto del trabajo con posibles consecuencias para la salud de los trabajadores, incluyendo, además de los aspectos ambientales y los tecnológicos, las cuestiones de organización y ordenación del trabajo. El concepto cubre un amplio rango de temas, pero centrados y entorno a la dignidad y el bienestar del individuo que realiza una actividad laboral.

[31] Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_371206.pdf

[32] De hecho en el Curso de la discusión sobre la Declaración se planteó a la Oficina la cuestión si la seguridad y salud era elemento del concepto de la protección de los trabajadores https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_488863.pdf párrafo 240 y ss

[33] Punto I A ii)

[34] Parte II D) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf

[35] En derecho se considera norma imperativa a aquella norma jurídica que posee un contenido del que los sujetos jurídicos no pueden prescindir, de manera que la regulación normativa que se haga de la materia tendrá completa validez independientemente de la voluntad del individuo.

[36] Se entiende como derechos fundamentales son que son inherentes al ser humano, pertenecientes a cada persona por el hecho mismo de ser persona y en razón a su dignidad y que tienen plena fuerza normativa (diccionario jurídico RAE y CGPJ) https://dej.rae.es/lema/derecho-fundamental

ligado a la salud, deberían ser irrenunciables, De hecho, si no siempre serán derechos de primer rango constitucional, deberán siempre ser indisponibles por ley inferior, convenio colectivo o contrato, y por tanto sujetos a protección y reconocimiento especial. Esta concepción amplia permitirá abarcar las nuevas formas de tiempo de trabajo, las licencias o incluso algunos aspectos de la salud, completando el listado de derechos fundamentales con un cuerpo de derechos que cuenta una protección específica que garantiza el desarrollo del ser humano de forma saludable y segura en el trabajo.

Las formas organizativas y, en especial el trabajo a distancia cobra centralidad en el nuevo derecho, tanto por convertirse en una forma "ordinaria" de realizar la prestación, como por derivarse de su uso numerosos cambios en otras instituciones jurídicas (esencialmente, tiempo de trabajo, y seguridad y salud).

La regulación del teletrabajo ha sido creciente en los últimos años en particular en los países industrializados, consecuencia del uso extensivo de la tecnología, de la necesidad de adaptarse a un trabajo más flexible en tiempo y espacio, y como forma de apoyar la conciliación.

Si bien inicio su regulación en términos de considerarse una relación especial, o de garantizar ciertas condiciones ligadas a la salud a través de la regulación del derecho a la desconexión, la centralidad que adquiere hoy este tipo de prestaciones a distancia llamadas teletrabajo cuando se utiliza la descentralización tecnológica) requiere de un abordaje particular. El teletrabajo es una forma evolucionada del tradicional trabajo a domicilio regulado extensiva pero insuficientemente en los códigos de trabajo de forma temprana, revistiendo la forma de una relación laboral especial.

La calificación de relación laboral especial nace del hecho de tratarse de una forma de trabajo (subordinado) que por sus especiales características necesita una regulación específica. ¿Es este el caso del teletrabajo? En una primera aproximación el hecho de la descentralización del centro de trabajo, así como el uso de la tecnología como forma de prestación parecen responder prima facie a la necesidad de calificarlas como tal. No obstante, ambas características parecen que serán norma común y extendida en prácticamente todos los países a corto plazo –y más con el impulso de la COVID- (véase supra las cifras sobre el número de teletrabajadores), dejando de ser especialidad, por su generalidad.

¿Cómo configurar y regular este extenso teletrabajo? ¿Cómo regular- si es necesario- el tiempo de trabajo, y la seguridad y salud en una prestación sin control directo del empleador y donde algunos de los gastos revierten a la persona que ejecuta la actividad (luz, agua, usura del material informático, wifi, teléfono)? Las cuestiones que hoy se plantean parecen aún demandar de una regulación especial, pero será necesario prever como intégralo en la legislación general, teniendo en cuenta su extensión y su lógica combinación corriente y habitual con el trabajo presencial. Como ya se mencionó, la protección de la privacidad adquiere en este sentido, en el derecho del trabajo de una mayor relevancia y será necesario plantear su regulación de forma amplia atendiendo a las diversas necesidades.

De la misma manera que el trabajo a distancia se convierte en parte esencial de la nueva regulación, las nuevas formas de trabajo que nacen de la utilización de plataformas han generado un largo debate en los últimos años resuelto de manera muy heterogénea en los diferentes países (e incluso de forma divergente en función de la autoridad encargada de determinar el tipo de relación laboral).

No obstante, su importancia creciente y el debate sobre la existencia o no de relación de trabajo pasa por pensar, cómo se mencionó, en medidas que van más allá del derecho del trabajo

concebido de forma tradicional. La ya mencionada idea de un catálogo de derecho de carácter global[37] permite salir del debate sobre la calificación centrándolo sobre la protección.

En este sentido, Emanuele Dagnino apuesta por la reconceptualización del Derecho del Trabajo de modo que permita crear un marco regulador que proteja a todo tipo de trabajadores, independientemente de su consideración como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, mediante el reconocimiento de un conjunto universal de protecciones laborales, por ejemplo, en materia de igualdad y no discriminación o inseguridad en los ingresos[38]. En todo caso hoy parece evidente que su regulación debe formar parte de ese nuevo derecho laboral necesario, cualquiera sea la forma que la relación laboral revista.

Esta misma discusión sobre la protección debería darse con relación a otras categorías de trabajadores, que fueron incluso excluidas anteriormente como el trabajo independiente, los trabajadores de plataformas, y cualquier otra forma de prestación laboral que plantee problemas de cobertura, definición y protección, incluyendo en el debate los trabajos no remunerados, muy ligados hoy a una categoría laboral esencial en la pandemia como es la de los trabajadores del sector cuidados.

6. EL DEBATE Y EL PAPEL DE LA OIT

El debate sobre el presente / futuro del trabajo se ha acelerado con la COVID y hoy es necesario replantear los fundamentos de lo social para conservar lo ya claramente protegido por el Estado de bienestar, extendiendo los beneficios a todos los implicados en el mundo económico. El trabajo decente pasa por mantener niveles de dignidad esenciales y la pandemia lo ha vuelto a poner en el centro de la discusión.

La esfera pública y privada se confunden y se solapan, salud en el trabajo / salud pública, seguridad social/ingreso mínimo, jornada de trabajo/ tiempo de vida privada, todos son temas centrales en este presente que requieren de un abordaje diferente, creativo y realista.

En este contexto el papel de la OIT se hace indispensable y utilizar las normas internacionales se convierte en una necesidad. No hay que olvidar que "el respeto de las disposiciones fundamentales de las normas internacionales del trabajo relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo (SST), las modalidades de trabajo, la protección de categorías específicas de trabajadores, la no discriminación, la seguridad social o la protección del empleo es una garantía de que todos los implicados en el mundo laboral pueden mantener condiciones de trabajo mínimas y necesarias en los tiempos de pandemia. Además, hay una amplia gama de normas del trabajo de la OIT en materia de empleo, protección social, protección de los salarios, promoción de las pymes o de cooperación en el lugar de trabajo que contienen orientaciones específicas sobre medidas de política que podrían alentar la utilización de un enfoque centrado en las personas para abordar la crisis y el período de recuperación posterior"[39].

El valor de las normas internacionales es innegable. No hay más que considerar uno de los instrumentos más recientes, la Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 (núm. 205), que pone de relieve que para responder a las crisis es necesario

[37] RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L.: "Calificación jurídica de la relación que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales", en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. (Dir.): *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018, pp. 86-87.

[38] DAGNINO, E.: "Labour and Labour Law in the time of the on-demand economy", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016, pp. 63-65.

[39] *OIT Las normas de la OIT y la COVID-19 (coronavirus). Preguntas frecuentes. Disposiciones fundamentales de las normas internacionales del trabajo pertinentes en el contexto del brote de COVID-19*, Ginebra, 29 de Mayo 2020.

asegurar el respeto de todos los derechos humanos y el imperio de la ley, incluido el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo y de las normas internacionales del trabajo[40].

Revisando el cuerpo normativo de la OIT son numerosos los instrumentos específicos que establecen los mínimos necesarios indispensables para garantizar un mínimo de protección social y laboral, ya que la OIT no sólo ha sido pionera al regular la jornada de 40 horas en sus primeros años de andadura, sino que desarrolló temas como el trabajo en el domicilio (Convenio 177) que hoy debe visitarse con ojos nuevos considerando el auge del teletrabajo, sino que propició la discusión y adopción de un nuevo Convenio sobre violencia en el mundo del trabajo en el año de la celebración de su Centenario (2019).

En su reciente conferencia internacional del 2021 la OIT concluyo y adoptó un "Llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas"[41] de la crisis causada por la COVID-19 con el fin que sea inclusiva, sostenible y resiliente "en el que se esbozan medidas para crear una recuperación de la pandemia centrada en las personas y evitar que las economías y las sociedades queden marcadas a largo plazo". La búsqueda del pleno empleo, la protección de los trabajadores, la búsqueda de un sistema de protección social universal y el dialogo social se consideran los elementos básicos en los que los estados deberán centrar sus políticas para garantizar esa recuperación.

7. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

De las páginas anteriores se desprende claramente la necesidad imperiosa de tomar decisiones y aunar posturas que permitan consolidar las respuestas que la COVID ha planteado en los últimos dos años. No podrá hablarse de política laboral efectiva, sin contar con una respuesta a los interrogantes abiertos por la crisis y con un consenso social (el dialogo tripartito) que permita resolverlo de forma efectiva.

Es necesario crear un nuevo andamiaje para reforzar el estado social ya construido que responda a nuevas necesidades y nuevos retos y para ello no existe mejor instrumento que el derecho del trabajo, que sólo puede salir reforzado de afrontar y resolver las nuevas necesidades.

Es importante no perder el "momento" y utilizar la experiencia y los valores para construir el modelo de estado y de sociedad en el que queremos vivir. La OIT ha sentado las bases durante más de cien años para facilitar las herramientas necesarias que garanticen el trabajo decente. Sus últimos pasos se recogen en los ya mencionados Declaración del Centenario dónde se renuevan los principios y valores de su Constitución estableciendo las bases para una nueva agenda de trabajo[42] y en el ya mencionado Llamamiento a la acción global que reforzando la Declaración convierte a la OIT en el motor de ese cambio necesario.

No hay duda de que la COVID plantea retos y cuestiones que requieren una rápida respuesta. Tampoco cabe duda de que debemos tomar medidas que puedan resolver no sólo las necesidades inmediatas, sino las que el debate sobre el futuro del trabajo ya planteaba y cuyos problemas se ha exacerbado con la actual pandemia. Es fundamental conservar los valores que el estado de bienestar ha venido planteando, y atender y responder a las necesidades de un mundo frágil, al que un virus puede dar completamente la vuelta.

Debemos pensar de forma inminente qué modelo queremos construir y tomar las medidas necesarias para que la regulación que lo sustente sea sólida y flexible, adecuada para el mundo

[40] Preámbulo y párrafos 7, b), y 43 de la Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 (núm. 205).

[41] OIT, Ginebra 2021 109 CIT https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_806097.pdf

[42] Si bien en junio del 2019, en el momento de su adopción, no existía ni siquiera la idea de una crisis como la actual, lo cierto es que su planteamiento abierto hacia el futuro abre pistas que adquieren más relevancia en este periodo de desescalada y vuelta a la llamada "nueva normalidad.

actual y que permita el desarrollo del ser humano en condiciones de dignidad, que es al final el fundamento de una sociedad justa y de un mundo mejor.

8. BIBLIOGRAFÍA

DAGNINO, E.: "Labour and Labour Law in the time of the on-demand economy", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016.

MAUSS, M.: *Ensayo sobre el don, forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*, Madrid, Sociología y Antropología, 1971.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L.: "Calificación jurídica de la relación que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales", en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. (Dir.): *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018.

Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas

María Nieves Moreno Vida
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
Miembro del Consejo Económico y Social de Andalucía
https://orcid.org/0000-0002-0600-8332

Laborum

1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL

1.1. Normas Internacionales

-Orientaciones de empleo.- Decisión (UE) 2021/1868 del Consejo de 15 de octubre de 2021 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros. (DOUE núm. 379 26-10-2021, L-2021-81425)

Las orientaciones integradas deben constituir la base de las recomendaciones específicas por país que el Consejo pueda dirigir a un Estado miembro. A raíz de la puesta en marcha del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia mediante el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, la Comisión ajustó el ciclo del Semestre Europeo de 2021 y solo propuso recomendaciones sobre la situación presupuestaria de los Estados miembros en 2021, según lo previsto en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

Los Estados miembros han de utilizar plenamente REACT UE establecido por el Reglamento (UE) 2020/2221 del Parlamento Europeo y del Consejo, que refuerza los fondos de la política de cohesión hasta 2023, el Fondo Social Europeo Plus establecido por el Reglamento (UE) 2021/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y otros fondos de la Unión, incluidos el Fondo de Transición Justa establecido por el Reglamento (UE) 2021/1056 del Parlamento Europeo y del Consejo e InvestEU establecido por el Reglamento (UE) 2021/523 del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de impulsar el empleo, las inversiones sociales, la inclusión social y la accesibilidad, y de promover las oportunidades de perfeccionamiento y reciclaje de la mano de obra, el aprendizaje permanente y una educación y formación de alta calidad para todos, incluidas la alfabetización y la capacitación digitales.

Asimismo, los Estados miembros han de utilizar plenamente el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización establecido por el Reglamento (UE) 2021/691 del Parlamento Europeo y del Consejo para ayudar a los trabajadores despedidos a raíz de grandes reestructuraciones, tales como la pandemia de COVID-19, de transformaciones socioeconómicas resultado de la globalización, y de cambios tecnológicos y medioambientales.

Aunque las orientaciones integradas se dirigen a los Estados miembros y a la Unión, su aplicación debe hacerse conjuntamente con las autoridades nacionales, regionales y locales, y en estrecha colaboración con los parlamentos, así como con los interlocutores sociales y los representantes de la sociedad civil.

Se mantienen para 2021 las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros establecidas en el anexo de la Decisión (UE) 2020/1512, y los Estados miembros las tendrán en cuenta en sus políticas de empleo y sus programas de reforma.

-Plataformas digitales.- Resolución del Parlamento Europeo sobre condiciones y protección social de los trabajadores en plataformas digitales, aprobada en Estrasburgo el 16-09-2021 (2019/2186(INI))

Considera que el trabajo en plataformas puede crear empleo, aumentar las posibilidades de elección, ofrecer ingresos adicionales y reducir los obstáculos para acceder al mercado laboral; que el trabajo en plataformas puede facilitar la flexibilidad y la optimización de recursos, y ofrece oportunidades tanto para las personas que trabajan en las plataformas de trabajo digitales o a través de ellas como para los clientes, así como la adecuación de la demanda de servicios a la oferta que haya de ellos. Considera asimismo que el trabajo en plataformas facilita el acceso al mercado laboral mediante formas modernas de empleo e impulsa el desarrollo de tecnologías para facilitar el uso de plataformas y acercarlas a las empresas y los consumidores.

Destaca también que la crisis de la COVID-19 ha servido para poner de relieve el papel crucial que desempeñan los trabajadores de plataformas a la hora de asegurar la continuidad de las operaciones de miles de pequeñas y medianas empresas (pymes) en toda la Unión.

Sin embargo, pone de manifiesto que el trabajo en plataformas también ha suscitado preocupación por la precariedad y las malas condiciones de trabajo, la falta o la dificultad de acceso a una protección social adecuada, la competencia desleal, el trabajo no declarado, los ingresos y los horarios irregulares o impredecibles, la falta de mecanismos de resolución de litigios, la descualificación y la falta de promoción profesional, así como la ausencia de medidas de salud y seguridad en el trabajo, especialmente para los trabajadores de plataformas menos cualificados que trabajan de manera presencial y los que realizan microtareas, como ha vuelto a quedar de manifiesto durante la crisis de la COVID-19; y que la clasificación errónea de los trabajadores de plataformas como trabajadores por cuenta propia contribuye a esta situación.

Reconoce que suele clasificarse jurídicamente a los trabajadores de plataformas como trabajadores por cuenta propia, independientemente de su situación laboral real y a pesar de que a menudo no cuentan con los niveles de independencia profesional característicos de los trabajadores por cuenta propia; que, por lo tanto, muchos trabajadores de plataformas no cuentan con una protección social, unos derechos laborales o unas disposiciones en materia sanitaria y de seguridad equivalentes a las que ofrece un contrato de trabajo o una relación laboral en sus respectivos Estados miembros. Destaca que un gran número de sentencias judiciales y decisiones administrativas, incluso de órganos jurisdiccionales nacionales de instancia suprema y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), relativas al trabajo presencial en plataformas, especialmente en los sectores del transporte y del reparto de comida en una serie de Estados miembros, han confirmado la existencia de una relación laboral entre las plataformas y los trabajadores de plataformas, que se basa en las actividades que realizan los trabajadores de plataformas y el vínculo que tienen con las plataformas en las que trabajan, lo que les confiere una serie de derechos y prestaciones.

Considera también que las plataformas de trabajo digitales utilizan herramientas como aplicaciones para móviles, algoritmos e IA como parte de su modelo de negocio principal para ajustar la oferta y la demanda y gestionar trabajadores en mayor o menor medida; que la gestión algorítmica plantea nuevos desafíos para el futuro del trabajo y que puede dar lugar a desequilibrios de poder y a opacidad en relación con la toma de decisiones, así como al control y la vigilancia basados en la tecnología, lo que podría exacerbar las prácticas discriminatorias y conllevar riesgos para la privacidad, la salud y la seguridad de los trabajadores y la dignidad humana.

Observa que el marco europeo actual es insatisfactorio y lamenta que, a menudo, los instrumentos jurídicos de la Unión no se aplican a muchos de los trabajadores de plataformas debido a su clasificación errónea y no tienen debida cuenta de las nuevas realidades del mundo laboral. Señala que el significado de los términos «trabajador por cuenta ajena» y «trabajador por cuenta propia» no están definidos de manera uniforme en todos los Estados miembros; subraya que la frontera entre estos dos términos es en ocasiones ambigua en el caso de las nuevas formas de trabajo y que, por lo tanto, algunos trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena corren el riesgo de ser clasificados de forma incorrecta y no beneficiarse de los derechos inherentes a su situación laboral.

Pide a la Comisión que, al estudiar los medios para mejorar las condiciones de trabajo, se garantice:

- Condiciones de trabajo justas y transparentes
- Entorno de trabajo saludable y seguro
- Protección social adecuada y transparente
- Representación y derecho a la negociación colectiva
- Formación y capacidades
- Algoritmos y gestión de datos éticos, transparentes, fiables y no discriminatorios para los trabajadores.

-Plataformas digitales.- Propuesta de Directiva sobre mejora de las condiciones laborales en las plataformas digitales Propuesta de Directiva plataformas digitales [Brussels, 9.12.2021. COM(2021) 762 final. 2021/0414 (COD)]

La Directiva propuesta pretende garantizar que a las personas que trabajan a través de plataformas digitales se les reconozca la situación laboral que corresponde a su modalidad de trabajo real. Proporciona una lista de criterios de control para determinar si la plataforma es un «empleador». Si la plataforma cumple al menos dos de esos criterios, se presume, desde un punto de vista jurídico, que es un empleador. Por tanto, las personas que trabajan a través de la plataforma en cuestión disfrutarían de los derechos laborales y sociales que conlleva la condición de «trabajador». Para quienes son reclasificados como trabajadores, esto significa que tienen derecho a percibir un salario mínimo (cuando exista), a la negociación colectiva, a la regulación de la jornada laboral y a la protección de la salud, así como derecho a disfrutar de vacaciones retribuidas o de un mejor acceso a la protección en caso de accidente de trabajo, a las prestaciones por desempleo y enfermedad y a las pensiones contributivas de jubilación. Las plataformas tendrán derecho a impugnar o «refutar» esta clasificación, pero deberán demostrar que no existe una relación laboral. Los claros criterios que propone la Comisión aportarán más seguridad jurídica a las plataformas, reducirán las costas procesales y facilitarán la planificación empresarial.

Respecto a la gestión algorítmica, la Directiva aumenta la transparencia en el uso de algoritmos por parte de las plataformas digitales, garantiza un seguimiento humano del respeto de las condiciones laborales y da derecho a impugnar las decisiones automatizadas. Estos nuevos derechos se concederán tanto a los trabajadores como a los verdaderos autónomos.

En cuanto a los aspectos relativos a la ejecución, transparencia y trazabilidad, se reconoce que las autoridades nacionales a menudo tienen dificultades para acceder a los datos sobre las plataformas y a las personas que trabajan a través de ellas. Esto resulta aún más difícil cuando las plataformas operan en varios Estados miembros, de manera que no queda claro dónde se realiza el trabajo ni quién lo realiza.

Por ello, la propuesta de la Comisión aumentará la transparencia en torno a las plataformas, al aclarar las obligaciones vigentes de declarar el trabajo a las autoridades nacionales y pedir a las plataformas que pongan a disposición de estas información clave sobre sus actividades y sobre las personas que trabajan a través de ellas.

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_6605]

1.2. Medidas de Seguridad Social y Protección Social frente a la Crisis Sanitaria, Económica y Social y otras medidas de Seguridad Social

-Real Decreto-ley 30/2021, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes de prevención y contención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 (BOE 23-12-2021).

Este Real Decreto-ley modifica distintas leyes y Reales Decretos-leyes, referidas a cuestiones conexas con la situación de crisis sanitaria provocada por la COVID-19:

- En el art. 2 se modifica el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, para mantener hasta el 31 de diciembre de 2022 la posibilidad de que se contrate tanto en centros sanitarios públicos como privados a profesionales de la Medicina y la Enfermería que ya hayan accedido a la jubilación, con ciertos requisitos, con el fin

de realizar actividades asistenciales relacionadas con el COVID-19, pudiendo compatibilizar la percepción de la pensión de jubilación hasta dicha fecha.

- En el art. 3 se habilita la contratación por las comunidades autónomas, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y el Ministerio de Defensa de profesionales con título de especialista obtenido en Estados no miembros de la Unión Europea, que cuenten con un informe-propuesta condicionado del Comité de Evaluación, conforme a lo 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. El ejercicio de actividades asistenciales deberá estar supervisado por los miembros de la plantilla, con el fin de garantizar la calidad y la seguridad de la asistencia sanitaria.
- Por último, en la disposición final primera se modifica el apartado Dos de la Disposición Adicional 46ª de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, que establecía las medidas oportunas para garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y otras prestaciones públicas en el año 2021.

Esa previsión pretendía evitar que las mismas se vieran afectadas en sus cuantías por desviaciones en los cálculos que produjeran mermas en las mismas, de manera que el incremento de las pensiones inicialmente previsto se mantuviera incólume una vez transcurrido el año para el que estaba previsto aquél.

En su estructura, la disposición adicional 46ª distingue en apartados diferenciados las medidas a aplicar a las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social y de Clases Pasivas y las relativas a pensiones mínimas, pensiones no contributivas de la Seguridad Social, de pensiones del SOVI no concurrentes, así como concurrentes con pensiones de viudedad de alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, los perceptores de prestaciones de la Seguridad Social por hijo a cargo con dieciocho o más años de edad y un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100 y del subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte.

Sin embargo, estando clara en la Ley la voluntad de tratamiento diferenciado para las pensiones contributivas y no contributivas (para beneficiar en los citados incrementos a aquellas pensiones y prestaciones de cuantía más baja, como son las no contributivas), la disposición cuadragésima sexta de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, no hace ningún tipo de distinción en la fórmula aplicada en sus dos primeros apartados, de manera que en la práctica no hay diferenciación en su aplicación. Así, resulta que a la hora de aplicar la fórmula tradicional que siempre se venía aplicando para lograr el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, las no contributivas previstas en el apartado segundo pierden parte del incremento previsto en el artículo 44 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre. Es decir, que se les repercutiría en menor medida que al resto de pensiones la desviación del IPC.

Con el objeto de rectificar ese efecto no deseado en la aplicación de la previsión relativa al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones no contributivas en el año 2021 y conseguir que se mantenga la previsión de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, referida a una diferenciación con el resto de pensiones, dado que son las de menor cuantía, se procede modificar el apartado segundo de la citada disposición cuadragésima sexta de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, aplicando la fórmula que ha venido siendo habitual siempre que ha habido una desviación del IPC y alguna pensión estaba mejorada respecto del resto.

1.3. Normas Laborales

-Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso.- Resolución de 20 de diciembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de diciembre de 2021, por el que se aprueba el Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas (BOE 24-12-2021).

Se articula un Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: Relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas, 2021.

-Con este Plan se da cumplimiento a los compromisos internacionales derivados del Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (ratificado el 12 de diciembre de 2017 y que ha entrado en vigor el 20 de septiembre de 2018), que requiere que los Estados adopten medidas relativas a la prevención, protección e indemnización para dar efecto a la obligación de suprimir el trabajo forzoso establecida por el Convenio núm. 29.

-Igualmente, este Plan de Acción permite dar un paso más en el cumplimiento de la Agenda 2030, que constituye una prioridad para España y supone un eje fundamental para varios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible como el trabajo decente, la construcción de sociedades justas, pacíficas e inclusivas o la igualdad de género, por lo que este Plan permite comenzar a construir las herramientas con las que avanzar hacia el logro de estos objetivos.

-Finalmente, la elaboración de este Plan de Acción responde a la voluntad decidida de erradicar definitivamente las relaciones laborales obligatorias y las actividades humanas forzadas de nuestro país, lo que supone erradicar el trabajo forzoso en cuanto ataque directo a los derechos humanos y la dignidad de las personas y combatirlo como obligación moral y la necesidad de prevenir y fomentar una cultura respetuosa. El hecho de que el trabajo forzoso no sea un fenómeno extendido en España no quiere decir que no sea necesario luchar contra los casos existentes con todos los medios a nuestro alcance.

- "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 (BOE 30-12-2021).

Este Real Decreto-ley 32/2021 es fruto del acuerdo alcanzado el 22 de diciembre entre las asociaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal.

Introduce cambios relevantes en el Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de la Seguridad Social y la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. Entre sus objetivos están: la reducción de la temporalidad, el mantenimiento y potenciación de la flexibilidad empresarial, la modernización de la negociación colectiva y la relevancia de la formación de los trabajadores.

Entre los aspectos más novedosos del nuevo texto de reforma laboral cabe destacar los siguientes:

1.- Se redefine la regulación jurídica de los contratos temporales. Se imponen como requisito legal la obligación de expresar la causa de la temporalidad.

A) Contratos temporales: se suprimen los contratos temporales por obra o servicio determinado, permitiéndose la contratación temporal por circunstancias de la producción y para sustitución de personas trabajadoras:

a) Por circunstancias de la producción. Podrán tener dos causas de temporalidad: el incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones hasta 6 meses y por situaciones ocasionales previsibles y que tenga una duración reducida y delimitada con un máximo de 90 días no continuados en el año natural, sin límite de trabajadores.

Se excluye como causa de la temporalidad de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contratas o subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurran las circunstancias de la producción señalados.

b) Para sustitución de las personas trabajadoras porque concurrir alguna de las siguientes causas:

-Derecho a reserva de puesto de trabajo, siempre que se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución, en cuyo caso podrá anticiparse el contrato hasta 15 días antes de ausentarse la persona a sustituir

-Para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo y se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución.

-Para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo, sin que su duración pueda ser en este caso superior a tres meses, o el plazo inferior recogido en convenio colectivo, ni pueda celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima.

Se facilita que el contrato temporal pueda considerarse indefinido por "incumplimiento de los requisitos legales", por "falta de alta en la SS más allá del período de prueba" y por "encadenamiento de dos o más contratos temporales".

Se modifica el sistema de cotización adicional de para los contratos temporales que se aplica a todos los contratos inferiores a 30 días

B) Contratos formativos. La modificación de los contratos formativos se articula en torno al:

-Contrato de formación en alternancia (antiguo contrato para la formación y el aprendizaje, art.11.2 ET), que permite compatibilizar la actividad laboral y los procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el Catálogo de especialidades formativas del SNE

-Contrato formativo para la obtención de la práctica profesional (antiguo contrato en prácticas, art. 11. 3 ET) adecuada al nivel de estudios concluidos.

Estos contratos formativos deberán incluir el texto del plan formativo individual. Las Empresa en ERTES o acogidas al Mecanismo RED podrán celebrar contratos formativos, siempre que las personas contratadas bajo esta modalidad no sustituyan funciones realizadas habitualmente por las personas afectadas por las medidas de suspensión o reducción de jornada.

2. Contrato fijo discontinuo

Se refuerza o "relanza el contrato fijo discontinuo" para realizar no sólo trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, sino también para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados

Asimismo, también podrán concertarse para la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa.

Las ETT podrán suscribir estos contratos con sus trabajadores cedidos.

Se amplía a todos los convenios colectivos, la posibilidad de acordar la celebración a tiempo parcial de contratos fijos-discontinuos.

3. Extinción del contrato indefinido por motivos inherentes a la persona trabajadora en el sector de la construcción

Se modifica la Disp. Adic.3ª Ley 32/2006 para permitir la extinción de los contratos indefinidos por motivos inherentes a la persona trabajadora en el sector de la construcción

A la finalización de la obra, la empresa deberá efectuar una propuesta de recolocación, previo desarrollo de un proceso de formación, en caso de ser necesario. Recibida la propuesta, el contrato finalizará si la persona trabajadora: i) la rechaza, ii) si la cualificación de la persona afectada no resultada adecuada, incluso después de recibir la formación o iii) por inexistencia de obras en la provincia.

En estos casos, la persona trabajadora recibirá una indemnización del 7% sobre los conceptos salariales establecidos en el convenio colectivo aplicable correspondientes a toda la vigencia del contrato o la que establezca el convenio general del sector de la construcción.

4. Reducción de jornada o suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (ERTE)

Se modifican los requisitos y el procedimiento, -acortando algunos plazos de tramitación, lo que facilitará una respuesta más ágil-, y se prevén exenciones parciales en las cotizaciones empresariales de la Seguridad Social.

Se impulsa la formación durante su aplicación, se favorecen las acciones formativas para las personas afectadas. Las empresas que desarrollen estas acciones tendrán derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones de formación programadas y, en casos de ERTES por causas empresariales, podrán acogerse a una exención del 20% en la cotización empresarial.

5. Nuevo Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización en el empleo

Se incorpora en el articulado del ET un nuevo precepto, art. 47 bis, que introduce una nueva vía para la reducción de jornada o la suspensión de contratos por causas empresariales.

Este Mecanismo RED deberá ser previamente activado por el Consejo de Ministros y consta de dos modalidades: la cíclica (cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica que lo aconseje) o sectorial (cuando un determinado sector experimente cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y transición profesional de las personas trabajadoras).

Durante los períodos de reducción de jornada o la suspensión de contratos por causas empresariales, las empresas podrán aplicarse exenciones parciales en sus cotizaciones a la SS y los trabajadores tendrán derecho a prestación por desempleo que no consumirá cotizaciones.

6. Convenio aplicable a contratas y subcontratas.

El Convenio aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas será el convenio sectorial correspondiente a la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio colectivo sectorial aplicable. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con convenio propio se aplicará éste (art. 42. 6 ET), en los términos que resulten del art. 84 ET.

7. Limitación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa.

La cuantía salarial -salario base, complementos salariales, incluidos los vinculados a los resultados y situación de la empresa- deja de ser una de las materias en cuya regulación los convenios de empresa gozan de prioridad aplicativa.

Los convenios vigentes deberán adaptarse a esta modificación en el plazo de 6 meses desde que estas resulten de aplicación en el ámbito convencional concreto.

8. Ultraactividad

Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, el art. 86 ET impone que las partes se sometan "a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico".

En caso de persistir las discrepancias, el ET recupera el mantenimiento de la vigencia ultraactiva del convenio denunciado. Por tanto, se retorna a la utraactividad indefinida de los convenios colectivos

9. Se refuerzan los derechos de información de la representación legal de los trabajadores y se amplían las posibilidades de vigilancia de la ITSS.

10. Entrada en vigor

El RDL entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, a excepción, entre otras, de las reformas en materia de contratación temporal y contratos fijos discontinuos, que lo harán a los 3 meses de su publicación en el BOE (30 de marzo de 2022).

11. Repárese en que el Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero, por el que se modifican la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito; la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, en relación con el régimen jurídico de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (BOE 19-1-2022):

-se introduce una modificación puntual en el RD-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, específicamente, en la disp. adic. 4ª, relativa al «Régimen aplicable al personal laboral del sector público», con el fin de precisar su redacción y, en particular, añadir una salvaguarda expresa de la tasa de reposición de efectivos fijada en la LPGE vigente para cada ejercicio.

-se introduce también otra modificación específica en el citado RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, en el apartado nueve de su artículo primero, por el que se da nueva redacción al apartado 2 del artículo 84 ET; la modificación proyectada afecta, exclusivamente, a la letra d) del referido artículo 84.2 ET, en cuya redacción se introduce una corrección, en aras de garantizar la debida seguridad jurídica y evitar cualquier duda interpretativa en su aplicación.

12. Por otra parte, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, ha modificado la Disposición Adicional 10ª ET, reordenando el régimen jurídico de la jubilación en los nuevos convenios colectivos:

-Se prevé la incorporación de cláusulas de jubilación forzosa a una edad posterior a la jubilación ordinaria de jubilación, esto es, una edad igual o superior a 68 años, siempre que la persona cuyo contrato se extingue reúna los requisitos para acceder al 100% de la pensión de jubilación y la extinción del contrato de trabajo se compense con la contratación indefinida y a tiempo completo de una nueva persona trabajadora.

-Excepcionalmente, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, el límite del apartado anterior podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas.

-La aplicación de esta excepción exigirá, además del cumplimiento de los requisitos ya señalados, que cada extinción contractual en aplicación de esta previsión deberá llevar aparejada

simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad.

-MECANISMO RED.- Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía. (BOE 16-3-2022)

Esta norma pretende hacer frente a las circunstancias actuales derivadas de un conjunto de factores, entre los que destacan la sequía y las consecuencias de la guerra de Ucrania, con el objetivo de garantizar la viabilidad de las explotaciones agrarias y con ello hacer frente a posibles problemas de abastecimiento por abandono de la actividad agraria. Se trata de adoptar un plan de contingencia, con el fin de ofrecer al sector productor los apoyos necesarios para hacer frente a la actual coyuntura.

Pero, junto a ello se incorporan medidas en materia de Seguridad Social, se constituye el Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo contemplado en el artículo 47 bis.6 ET y se establece el procedimiento aplicable al Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, la protección social de las personas trabajadoras y la cobertura transitoria de las necesidades de financiación del Mecanismo RED.

1.- En primer lugar, la norma incluye disposiciones en apoyo del sector primario, gravemente afectado por la sequía y las tensiones de los mercados internacionales.

2.- En segundo lugar, se incorporan medidas en materia de Seguridad Social:

*El art. 2 establece un "Aplazamiento en el ingreso de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta":

Las empresas incluidas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el RGSS y los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios establecido en el RETA, siempre que se encuentren al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social y no tuvieran otro aplazamiento en vigor, podrán solicitar un aplazamiento en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta cuyo devengo tenga lugar entre los meses de marzo a mayo de 2022, para las empresas incluidas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios y entre los meses de abril a junio de 2022, para los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

Este aplazamiento se ajustará a los términos y condiciones establecidos con carácter general en la normativa de la Seguridad Social, con algunas particularidades que se regulan en este RD-ley.

*El art. 3 establece una reducción del número mínimo de jornadas reales cotizadas para acceder al subsidio por desempleo o a la renta agraria a favor de trabajadores eventuales agrarios residentes en el territorio de las Comunidades Autónomas de Andalucía y

Extremadura:

Se reduce el número de jornadas de 35 a 20 para que los trabajadores agrarios eventuales, en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, puedan acogerse al subsidio de desempleo y la renta agraria, dada la afección de esta situación a sus posibilidades de empleo.

*La Disposición final tercera modifica el RD 864/2006, de 14 de julio, para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios:

Dicha modificación tiene como objetivo que la inminente entrada en vigor de la nueva regulación de los contratos de trabajo de duración determinada, en la que se pone coto a la utilización abusiva de esta figura y se fomenta la estabilidad en el empleo, pueda tener impacto en

los trabajadores que prestan servicio con carácter eventual en el Sistema Especial Agrario en Andalucía y Extremadura.

En la medida en que estos trabajadores, que habitualmente prestan servicios con contratos de duración determinada sean contratados con la modalidad de trabajadores fijos discontinuos, podrían ver dificultado su acceso al subsidio para trabajadores eventuales agrarios residentes en Andalucía y Extremadura, regulado en el RD 5/1997, de 10 de enero, por el que se regula el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social y a la renta agraria regulada en el RD 426/2003, de 11 de abril, por el que se regula la renta agraria para los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, así como, en el caso de la renta agraria, ver afectada la duración y cuantía de su derecho.

Por ese motivo, se modifica el art. 2 del RD 864/2006, de 14 de julio, para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios, a fin de proceder a una equiparación plena entre la contratación como fijo discontinuo y la contratación eventual, a los efectos de acceso y determinación del derecho al subsidio para trabajadores eventuales agrarios y a la renta agraria.

En el mismo sentido se elimina el último inciso de la letra b) de dicho artículo, a fin de equiparar el tratamiento a efectos de rentas de los ingresos derivados del trabajo eventual y del trabajo fijo discontinuo.

3.- La disposición transitoria primera establece el Régimen de ejecución de los proyectos piloto de itinerarios de inclusión social del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones aprobados por bases reguladoras antes de 31 de diciembre de 2021.

Se establece un régimen transitorio que permita garantizar la continuidad, el cumplimiento y la íntegra ejecución de los itinerarios de inclusión social a través de proyectos piloto financiados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, ya aprobados o en fase de ejecución, dirigidos contribuir a la promoción de la igualdad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza en sus distintas formas de colectivos vulnerables, que de otra manera se verían comprometidos.

4.- La disposición adicional cuarta se refiere al acceso a los datos de los expedientes de regulación temporal de empleo por la Tesorería General de la Seguridad Social, el Servicio Público de Empleo Estatal y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se establece en la disposición adicional vigesimosexta del ET, introducida por la reforma laboral llevada a cabo por el RD-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.

A dichos efectos, se establece que las comunidades autónomas podrán remitir la información que obre en su poder directamente a la Tesorería General de la Seguridad Social, al Servicio Público de Empleo Estatal y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o poner dicha información a disposición del Ministerio de Trabajo y Economía Social, a través de los procedimientos que este departamento determine, para su posterior remisión a la TGSS, el SEPE y la ITSS.

5.- En la disposición adicional quinta se constituye el Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo contemplado en el artículo 47 bis.6 ET.

6.- En las disposiciones transitorias segunda, tercera y cuarta se establece:

- el procedimiento aplicable al Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo,
- la protección social de las personas trabajadoras y

- la cobertura transitoria de las necesidades de financiación del Mecanismo RED.

*Respecto al procedimiento aplicable al Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo se establece que hasta que se apruebe el desarrollo reglamentario del artículo 47 bis ET, resultarán aplicables, en el ámbito del Mecanismo RED, las previsiones recogidas en los capítulos II y III del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (RD 1483/2012, de 29 de octubre), con las especialidades señaladas en el apartado 2 y en cuanto no resulten incompatibles con lo recogido en el propio artículo 47 bis ET.

En concreto, no resultarán aplicables los artículos 17, 18, 19 y 22 ni los porcentajes de reducción de jornada previstos en el artículo 16.2, del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

Se establecen además las especialidades que resultarán aplicables:

a) Durante la aplicación del Mecanismo RED cada persona trabajadora solo podrá verse afectada en exclusiva por una reducción de su jornada o por una suspensión de su contrato, sin que quepa una combinación de ambas, y sin perjuicio de la afectación o desafectación o de la variación en el porcentaje de reducción de jornada, que se produzcan ante la alteración de las circunstancias alegadas como causa justificativa de las medidas.

b) La dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a las personas trabajadoras o a sus representantes su intención de iniciar la tramitación del Mecanismo RED, a efectos de la conformación de la comisión representativa de aquellas conforme a lo previsto en el artículo 41.4 ET.

c) Constituida la comisión representativa de las personas trabajadoras o transcurrido el plazo para ello, la empresa remitirá la comunicación de inicio del periodo de consultas, que deberá ir acompañada de la documentación que se establece en esta norma.

d) La solicitud para aplicar medidas de reducción de contrato o suspensión de jornada en el ámbito del Mecanismo RED activado será presentada por la empresa ante la autoridad laboral competente de forma simultánea a la comunicación de apertura del periodo de consultas.

e) La admisión a trámite de una solicitud de autorización para aplicar medidas en el ámbito de un Mecanismo RED requerirá, en cualquier caso, el cumplimiento de los requisitos que al respecto se fijen en el acuerdo de activación del Consejo de Ministros.

f) Si la autoridad laboral que recibe la solicitud a que se refiere el apartado anterior careciera de competencia según lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, deberá dar traslado de la misma a la autoridad laboral que resultara competente, dando conocimiento de ello simultáneamente a la comisión negociadora.

g) Se fijan los contenidos que deberá incorporar la comunicación final de la empresa a la autoridad laboral, ya haya finalizado con o sin acuerdo el periodo de consultas.

*En cuanto a la protección social de las personas trabajadoras:

1. Hasta que se produzca el desarrollo al que se refiere el apartado 2 de la disposición adicional cuadragésima primera LGSS, en los supuestos a los que se refiere dicha disposición, el acceso a la protección social se producirá en los términos de la citada disposición adicional, que resultará aplicable con una serie de especialidades fijadas en la norma.

2. El abono de las prestaciones sociales se realizará a través del circuito establecido para el pago de las prestaciones por desempleo.

3. Mediante el desarrollo reglamentario al que se refiere el apartado 2 de la disposición adicional cuadragésima primera del texto refundido de la LGSS se podrá modificar lo establecido en los apartados 1 y 2 de esta disposición transitoria.

*Para la cobertura transitoria de las necesidades de financiación del Mecanismo RED, se establece que transitoriamente, en tanto el Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo no esté dotado en cuantía suficiente para atender a sus necesidades financieras, los gastos y menores ingresos que se detallan en la norma se atenderán con cargo a los recursos financieros de las entidades competentes en la ejecución del Mecanismo RED.

7.- La presente norma recoge asimismo medidas de naturaleza tributaria, respecto del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, que aligeran la carga fiscal de las explotaciones afectadas por las circunstancias antes descritas.

1.4. Empleo Público

-Empleo público.- Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE 29-12-2021).

La Ley 20/2021 es resultado de la tramitación parlamentaria del RDL 14/2021, de 6 de julio y tiene por objeto reducir la temporalidad en el empleo público. Para ello, trata de mejorar la definición y el alcance de la figura del personal funcionario interino.

-A tal efecto, entiende que serán funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, sean nombrados como tales con carácter temporal para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, siempre que se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a) Existencia de plazas vacantes, cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, por un máximo de tres años.

b) Sustitución transitoria de los titulares, durante el tiempo estrictamente necesario.

c) Ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

d) Exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de nueve meses, dentro de un periodo de dieciocho meses.

-Asimismo, se redefine la figura del personal interino y se clarifican las causas de finalización de la interinidad: cobertura reglada, razones organizativas que den lugar a la supresión del puesto y finalización bien del plazo autorizado expresamente en su nombramiento bien de la causa que dio lugar a su nombramiento.

-En todo caso, se establece que, una vez transcurridos tres años desde el nombramiento del personal funcionario interino, se producirá el fin de la relación de interinidad y la vacante solo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera, salvo que el correspondiente proceso selectivo quede desierto, en cuyo casi se podrá efectuar otro nombramiento de personal funcionario interino.

-Excepcionalmente, el personal funcionario interino podrá permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los tres años, a contar desde la fecha del nombramiento del funcionario interino y sea resuelta conforme a los plazos establecidos en el artículo 70 del TREBEP. En este supuesto podrá permanecer hasta la resolución de la convocatoria, sin que su cese dé lugar a compensación económica (20 días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses de tiempo, inferiores a un año, hasta un máximo de 12 mensualidades para el funcionario interino afectado).

-Asimismo, se establecen medidas específicas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público (Disp. Adic. 17ª), así como procesos de estabilización de empleo temporal. En este sentido, se autoriza una tasa adicional, que incluirá las plazas de naturaleza estructural que:

- estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas y

- estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

-También se prevén medidas de estabilización de empleo temporal en el ámbito local (Disp. Adic. 1ª)

-Por lo que se refiere a los procesos de estabilización de empleo temporal del personal de investigación, sin perjuicio de lo previsto en la disposición transitoria primera, el sistema de concurso previsto en el artículo 26.4 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, será de aplicación a las plazas de los procesos de estabilización de empleo temporal.

-En relación con el personal docente y del personal estatutario y equivalente de los servicios de salud, permanece en vigor la disposición final segunda del RD-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, relativa a la adaptación de la normativa del personal docente y del personal estatutario y equivalente de los servicios de salud.

1.5. Empleo y Formación

-Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo.- Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 (BOE 7-12-2021).

Se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, que constituye el marco normativo para la coordinación y ejecución de las políticas activas de empleo e intermediación laboral en el conjunto del Estado.

La aprobación de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 constituye una actuación contemplada en la Reforma 5 «Modernización de políticas activas de empleo», incluida en el Componente 23 «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo», encuadrado en el área política VIII «Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo» del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021.

Mediante la nueva Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 se procede a dar cumplimiento a un hito (CID 334), dentro del referido C23.R5 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Por ello, esta norma ha de cumplir con lo dispuesto 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, y su normativa de desarrollo, en particular la Comunicación de la Comisión de Guía técnica sobre la aplicación del principio de «no causar un perjuicio significativo» en virtud del Reglamento relativo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (2021/C 58/01), así como con lo requerido en la Decisión de Ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación, y resiliencia de España. En este sentido, se apunta también que el desarrollo de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024no implica por sí mismo incremento de gasto público, ni incremento de dotaciones, ni otros gastos de personal, ni disminución de ingreso alguno para la Hacienda Pública Estatal y se llevará a cabo con las disponibilidades presupuestarias existentes.

Esta nueva Estrategia 2021-2024, determina el marco conceptual y organizativo al que deberán referirse todas las actuaciones que se lleven a cabo en el seno del Sistema Nacional de Empleo en materia de políticas activas y formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, los principios, los objetivos comunes, los instrumentos a utilizar, la planificación estratégica de las actuaciones a desarrollar y los recursos financieros con los que se prevé contar para el cumplimiento de los citados objetivos y actuaciones.

-La Estrategia establece dos tipos de objetivos, que se recogerán en los Planes Anuales de Política de Empleo: En primer lugar, la Estrategia establece cinco objetivos estratégicos: el enfoque centrado en las personas y en las empresas, la coherencia con la transformación productiva, la orientación hacia resultados, la mejora de las capacidades de los servicios públicos de empleo y la gobernanza y cohesión del Sistema Nacional de Empleo. En segundo lugar, los objetivos específicos, incluidos en los objetivos estratégicos, que se agruparán entorno a cinco ejes diferenciados y complementarios. En tercer lugar, los ejes complementarios, configurados desde una perspectiva estratégica, conforman, junto con los objetivos estratégicos y específicos una estructura. En ellas se han incluido de manera transversal las medidas analizadas por el grupo de trabajo de Políticas de Empleo para Personas con Discapacidad, este trabajo será soporte para la elaboración del Libro Blanco del Empleo y la Discapacidad que pondrá en marcha el Ministerio de Trabajo y Economía Social de la mano del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, con las comunidades autónomas, los interlocutores sociales y las entidades representativas del sector.

-Esta Estrategia plurianual requiere de un procedimiento eficaz de evaluación permanente que permita sistematizar el seguimiento en su aplicación y la obtención de resultados, así como proponer los cambios y ajustes necesarios de la misma a lo largo de su vigencia. La evaluación por tanto es un eje vertebrador de esta nueva Estrategia que cambiará el paradigma superando la utilización de indicadores focalizados exclusivamente en el reparto de fondos hacia un modelo de evaluación orientado hacia resultados, transparente y accesible.

-Además, se modifican el RD 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo; el RD 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo; y el RD 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo.

-Se deroga el Real Decreto 1032/2017, de 15 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020.

-Formación para el empleo. -Resolución de 9 de diciembre de 2021, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establecen, en su ámbito de gestión, determinadas medidas en materia de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, para la iniciativa de formación programada por las empresas en el ejercicio 2022 (BOE 24-12-2021).

Se prevé el mantenimiento y adopción de medidas de carácter extraordinario en relación con la impartición de acciones formativas financiadas en el marco del Sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, encaminadas a paliar los efectos del impacto económico y social derivado de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que posibiliten y faciliten la ejecución de la formación de los trabajadores y trabajadoras, optimizando su empleabilidad, y contribuyan a la mejora de la productividad y competitividad de las empresas.

Los trabajadores podrán solicitar a sus empresas, durante el ejercicio 2022, permisos individuales de formación para posibilitarles la asistencia a las acciones formativas impartidas mediante aula virtual o sistema bimodal.

-Plan Anual de política de empleo.-Resolución de 9 de diciembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 3 de diciembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2021, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (BOE 15-12-2021).

En esta Estrategia, elaborada de forma participativa en el seno del Sistema Nacional de Empleo e informada por la Conferencia Sectorial de 28 de abril de 2021 con apoyo unánime de las Comunidades Autónomas, se reflejan las políticas activas de empleo y de intermediación laboral que se desarrollan en el conjunto del Estado.

Además, contiene el análisis de la situación y tendencias del mercado de trabajo, los principios de actuación y objetivos estratégicos y estructurales a alcanzar en materia de políticas de activación para el empleo, así como el marco presupuestario, fuentes de financiación y los criterios de gestión de los fondos.

La nueva Estrategia establece cinco objetivos estratégicos, y dentro de cada uno de éstos, se incluyen los objetivos específicos (un total de 15), que se desarrollan en distintas medidas (27 en total).

1.6. Prevención de Riesgos Laborales

-Agentes biológicos.- Orden TES/1287/2021, de 22 de noviembre, por la que se adapta en función del progreso técnico el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (BOE 25-11-2021).

Se modifican los anexos del Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. Anexo I: Lista indicativa de actividades; Anexo II: Clasificación de los agentes biológicos.

-Equipos de protección individual. - Real Decreto 1076/2021, de 7 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual (BOE8-12-2021).

El RD 1076/2021 incorpora al derecho español el contenido de la Directiva (UE) 2019/1832 de la Comisión, de 24 de octubre de 2019, por la que se modifican los anexos I, II y III de la Directiva 89/656/CEE del Consejo en lo que respecta a las adaptaciones de carácter estrictamente técnico para adaptarse de forma coherente con la clasificación de riesgos dispuesta en el Reglamento (UE) 2016/425 relativo a los equipos de protección individual.

Para ello, se da nueva redacción al Anexo I (Riesgos en relación con las partes del cuerpo que se deben proteger con los EPI), Anexo II (Lista no exhaustiva de tipos de equipos de protección individual en relación con los riesgos contra los que protegen) y Anexo III (Lista no exhaustiva de actividades y sectores de actividades que pueden requerir la utilización de equipos de protección individual) y se suprime el Anexo IV.

El objetivo es aumentar el nivel de protección de la salud y seguridad de los trabajadores y permitir que los empresarios proporcionen a sus trabajadores equipos de protección individual que respeten los requisitos establecidos en el Reglamento 2016/425.

-Trabajadores del mar.- Real Decreto 1120/2021, de 21 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 258/1999, de 12 de febrero, por el que se establecen condiciones mínimas sobre la protección de la salud y la asistencia médica de los trabajadores del mar (BOE 22-12-2021).

-Se modifica el RD 258/1999, de 12 de febrero, por el que se establecen condiciones mínimas sobre la protección de la salud y la asistencia médica de los trabajadores del mar, en relación con los siguientes aspectos: Tipos de botiquines y su contenido; Modelo de contenedores y armarios; Prescripción, dispensación y control de fármacos; Revisión periódica de botiquines; Procedimiento de revisión de los botiquines

-Se regula la constitución y regulación de la Comisión Técnica de Actualización del Contenido de los Botiquines a Bordo.

-Se derogan cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en este RD y, expresamente, la Orden PRE/3598/2003, de 18 de diciembre, por la que se desarrolla el RD 258/1999, de 12 de febrero, en materia de revisión de los botiquines de los que han de ir provistos los buques, y la Orden PRE/2315/2015, de 3 de noviembre, por la que se modifica el contenido de los botiquines que deben llevar a bordo los buques según lo establecido por el RD 258/1999, de 12 de febrero, por el que se establecen condiciones mínimas sobre la protección de la salud y la asistencia médica de los trabajadores del mar.

-Asimismo, se modifica el RD 618/2020, de 30 de junio, por el que se establecen mejoras en las condiciones de trabajo en el sector pesquero; en concreto el apartado 54 del anexo I que prevé mejoras concretas en las condiciones de trabajo en los buques pesqueros de más de 500 toneladas de registro bruto (TRB), en los que viajen quince o más pescadores durante más de tres días, y en los buques pesqueros de cuarenta y cinco metros de eslora o más, independientemente del número de tripulantes y la duración del viaje, en los que "se deberá disponer de un local separado que permita dispensar cuidados médicos". También se exige que las instalaciones estén adecuadamente equipadas y mantenidas en condiciones higiénicas.

1.7. Extranjería

Sector audiovisual.- Orden PCM/1238/2021, de 12 de noviembre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2021, por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento de entrada y permanencia de nacionales de terceros países que ejercen actividad en el sector audiovisual.(BOE 13-11- 2021)

Esta Orden tiene por objeto establecer la forma, requisitos y plazos para autorizar la estancia y residencia de los extranjeros que cumplan los requisitos establecidos en estas instrucciones y que realicen actividades en el sector audiovisual o actividad artística ante el público o destinada a la grabación de cualquier tipo para su difusión por diferentes medios masivos.

Asimismo, se fija el ámbito de aplicación subjetivo de la instrucción, estableciendo que podrán acogerse al procedimiento de entrada y permanencia de nacionales de terceros países: los artistas, técnicos y profesionales extranjeros que vayan a ejercer actividades enmarcadas en el sector audiovisual, actividades artísticas ante el público o destinadas a la grabación de cualquier tipo para su difusión por diferentes medios masivos.

Todas estas personas podrán entrar y permanecer en España durante un por un periodo máximo de 90 días en cualquier período de 180 días para el desarrollo de las actividades señaladas,

para cuyo ejercicio no precisarán la solicitud autorización de trabajo (Capítulo II, instrucción quinta).

-Contrataciones en origen. - Orden ISM/1485/2021, de 24 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2022 (BOE 30-12-2021).

Se prevé la gestión colectiva de contrataciones en origen en un periodo determinado, a los que sólo tendrán acceso aquellos trabajadores extranjeros que no se hallen o residan en España y que inicialmente fueran seleccionados en sus países.

Igualmente, habilita para establecer un número de visados de búsqueda de empleo en las condiciones que se determinen, dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones

Esta Orden entrará en vigor el mismo día de su publicación en el BOE y mantendrá su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2022.

1.8. Inspección de Trabajo

-Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (2021-2023).- Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023 (BOE 3-12-2021)

Su objetivo principal consiste en la modernización de la ITSS a través de la dotación de herramientas y recursos que garanticen su adaptación a los nuevos desafíos en el ámbito laboral. Para ello, se prevén importantes transformaciones estructurales, operativas y organizativas que se consideran imprescindibles en un contexto social y económico como el actual, que plantea retos importantes para el futuro de la institución.

Entre los retos existentes, algunos son coyunturales, como los derivados de la pandemia, pero otros, aunque recientes, son de carácter estructural, como el impacto de la tecnología y la digitalización en el mundo del trabajo, o la búsqueda de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el mercado laboral.

Estos retos, junto a otros que se plantean, reclaman una alta capacidad de respuesta y adaptación por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. De ahí que el Plan Estratégico de la institución para los años 2021, 2022 y 2023 plantee un reforzamiento de la eficacia, de las capacidades y de la organización de la Inspección.

Desde el punto de vista jurídico-constitucional, este reforzamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social encuentra un sólido anclaje en el artículo 9.2 de la Constitución y en su mandato a los poderes públicos de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y de «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud».

El Plan Estratégico de la ITSS para los años 2021-2023 fija un total de cuarenta objetivos, que se agrupan en cuatro ejes básicos y que se desgranan, a su vez, en un importante número de medidas de actuación concretas:

1. El Eje 1 persigue contribuir a la mejora de la calidad del empleo, la garantía de los derechos de las personas trabajadoras y la lucha contra la precariedad y el fraude en materia laboral y de seguridad social.

2. El Eje 2 se orienta a reforzar la capacidad de actuación de la Inspección en todos los espacios donde ejerce sus competencias de control, pero particularmente respecto de aquellos

elementos esenciales de la relación laboral, con el fin de garantizar mejor el ejercicio de los derechos laborales y reducir la precariedad en las condiciones de trabajo, en especial de los grupos más vulnerables.

3. El Eje 3 persigue el robustecimiento y modernización de todos los elementos del sistema de Inspección, en aras de la calidad del servicio público prestado. En este sentido, se plantea incrementar el número de efectivos, incorporando también nuevos perfiles técnicos e informáticos; reforzar la estructura del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tanto a nivel central como periférico, para potenciar la calidad y la eficacia del servicio público prestado; mejorar los conocimientos y habilidades del personal, a través de la formación; e integrar de forma plena y definitiva de las nuevas tecnologías a la prestación del servicio: inteligencia artificial, administración electrónica, interconexión, teletrabajo, etc.

4. Finalmente, el Eje 4 aborda la actividad internacional de la Inspección. Una actividad creciente, como no puede ser de otra manera, en un contexto laboral cada vez más globalizado y en el que la necesidad de cooperación internacional es cada vez más necesaria.

1.9. Otras normas

-Medidas económicas.- Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación. (BOE 24-11-2021)

[Resolución de 16 de diciembre de 2021, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación (BOE 24-12-2021)]

Se modifica la Ley 3/2020 para ampliar el régimen de declaración del concurso de acreedores. En este sentido, se prevé un régimen especial de la solicitud de declaración de concurso hasta el 30 de junio de 2022 (art. 6).

En tal sentido, hasta el 30 de junio de 2022, inclusive, el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, haya o no comunicado al juzgado competente la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. El cómputo del plazo de dos meses para solicitar la declaración del concurso previsto en el artículo 5.1 del texto refundido de la Ley Concursal comenzará a contar el día siguiente a dicha fecha.

Por lo demás, hasta el 30 de junio de 2022 inclusive, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde el 14 de marzo de 2020. Si hasta el 30 de junio de 2022, inclusive, el deudor hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, ésta se admitirá a trámite con preferencia, aunque fuera de fecha posterior a la solicitud de concurso necesario.

- Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (BOE 03-11-2021) Corrección de errores (BOE 25-11- 2021)

[Resolución de 2 de diciembre de 2021, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación (BOE 11-12-2021)].

1.10. Normas de Seguridad Social (selección)

-Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (BOE 29-12-2021).

Esta Ley modifica diversos preceptos de la Ley General de la Seguridad Social. Su contenido se puede agrupar en dos bloques principales:

-El primero de ellos es el relativo a la *revalorización de las pensiones*, con la consiguiente derogación del índice de revalorización y la previsión de un nuevo art. 58 en el que, en línea con la recomendación 2 del Pacto de Toledo, se recupera la garantía del poder adquisitivo de las pensiones en función de la inflación del ejercicio anterior, en sintonía con el art. 50 CE y la doctrina del TC en esta materia. Con ese mismo objeto se modifica también el art. 27 de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

Se establece que la revalorización de las pensiones al comienzo de cada año se realizará de acuerdo con la inflación media registrada en el ejercicio anterior, con la garantía de que en el caso, infrecuente, de inflación negativa las pensiones no sufrirán merma alguna.

-El segundo bloque recoge diversas medidas que pretenden actuar sobre el *acceso a la pensión de jubilación* a través de fórmulas voluntarias y más equitativas que favorecen un progresivo alineamiento de la edad efectiva y de la edad ordinaria de jubilación como vía para reforzar la sostenibilidad del sistema en el medio y largo plazo, en línea con la recomendación 12 del Pacto de Toledo.

Se establecen medidas en materia de *jubilación anticipada voluntaria*; *jubilación anticipada involuntaria*; *jubilación anticipada por razón de la actividad*; *jubilación demorada y jubilación activa.*

Asimismo se establece la prohibición de cláusulas convencionales que prevean la *jubilación forzosa* del trabajador a una edad inferior a los 68 años (se modifica la disposición adicional 10ª ET en la disposición final 1ª de la Ley 21/2021) (vid supra).

-Se opta por la derogación del factor de sostenibilidad introducido por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre y se sustituye por un nuevo *mecanismo de equidad intergeneracional* previsto en la Disposición Final 4ª de esta Ley. Quedan así derogados expresamente el párrafo último del apartado 1 del artículo 210 y el artículo 211 LGSS, en atención a lo expuesto en la disposición final cuarta.

-Se aborda también la regulación del acceso a las *prestaciones de viudedad*: en especial, la pensión de viudedad de las parejas de hecho (art. 221 LGSS y Disposición adicional cuadragésima LGSS); se modifica la prestación temporal por viudedad (art. 222 LGSS), así como las reglas de compatibilidad y extinción de las prestaciones de viudedad (art. 223 LGSS).

-Se clarifica la financiación de las prestaciones y servicios de los sistemas de Seguridad Social en cumplimiento del principio de separación de fuentes consagrado en el Pacto de Toledo (mediante la modificación de la Disp. Adic.32ª LGSS). Se incluye un mandato para que el Gobierno, en el plazo de 6 meses, el Gobierno apruebe un proyecto de ley para la creación de la Agencia de la Seguridad Social (Disp. Final 3ª).

-Se modifica la Ley 29/1983, de 12 de diciembre, sobre jubilación de Notarios, Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores colegiados de Comercio.

-Ingreso Mínimo Vital.- Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital (BOE 21-12-2021).

La Ley 19/2021 responde a la tramitación parlamentaria del RDL 20/2020 e incorpora los sucesivos ajustes y cambios que ha experimentado el RDL.

Esta Ley se estructura en nueve capítulos, cuarenta y un artículos, diez disposiciones adicionales, ocho disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, doce disposiciones finales y cuatro anexos.

-El capítulo I (arts.1-3) recoge las disposiciones generales del ingreso mínimo vital, regulando el objeto, el concepto y naturaleza, así como sus características. En este sentido, se crea y regula el IMV "como prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas".

Conforme al art. 2.1, "Se configura como el derecho subjetivo a una prestación de naturaleza económica que garantiza un nivel mínimo de renta a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad económica en los términos que se definen en la presente Ley. A través de este instrumento se persigue garantizar una mejora de oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias".

-El capítulo II (arts. 4-11) se ocupa del ámbito subjetivo del ingreso mínimo vital. Se determina la condición de beneficiario y los requisitos exigidos para el acceso y el mantenimiento del derecho a la prestación. Se regula también la figura del titular de la prestación, que serán las personas con capacidad jurídica que la soliciten y la perciban, en nombre propio o en nombre de una unidad de convivencia. Se determina también la situación de vulnerabilidad económica.

También se crea un complemento de ayuda para la infancia, que conlleva una cantidad mensual por cada menor de edad miembro de la unidad de convivencia en función de la edad. Y se establecen los umbrales de renta y patrimonio exigidos.

Se prevé, por último, el régimen de compatibilidad del ingreso mínimo vital con el empleo, de forma que la percepción de esta prestación no desincentive la participación en el mercado laboral.

-El capítulo III (arts. 12-23) se ocupa de la acción protectora.

Con el fin de garantizar un determinado nivel de ingresos a los hogares en situación de vulnerabilidad, el ingreso mínimo vital tiene carácter indefinido y se mantendrá siempre y cuando subsistan las causas que motivaron su concesión.

En este capítulo se determinan asimismo las causas de suspensión y extinción del derecho, las incompatibilidades y el reintegro de las prestaciones indebidas. Por otra parte, se definen los conceptos de renta y de patrimonio que se tendrán en cuenta para el cómputo de los ingresos y de la situación patrimonial, a partir de lo cual se determinará el derecho a la prestación del ingreso mínimo vital.

-El capítulo IV (arts. 24-29) regula el procedimiento para la solicitud, el inicio de la tramitación y resolución del ingreso mínimo vital.

-El capítulo V (arts. 30-39) regula la cooperación entre las administraciones públicas.

Asimismo, se prevé la cooperación y colaboración de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, empresas colaboradoras, incluidas las empresas distinguidas con el Sello de Inclusión Social, así como entidades del Tercer Sector de Acción Social, mediante la firma de convenios de colaboración.

La ley regula la Comisión de seguimiento del ingreso mínimo vital, como órgano de cooperación con las comunidades autónomas y entidades locales en materia de inclusión, así como el Consejo consultivo del ingreso mínimo vital, como órgano de consulta y participación con las entidades del Tercer Sector de Acción Social y las organizaciones sindicales y empresariales.

-El capítulo VI (arts. 35) determina el régimen de financiación del ingreso mínimo vital, que se realizará a cargo del Estado mediante la correspondiente transferencia a los presupuestos de la Seguridad Social.

-Los capítulos VII (arts. 36-37) y VIII (arts. 38-40) establecen, respectivamente, el régimen de obligaciones y el de infracciones y sanciones.

-El capítulo IX (art. 41) regula el régimen de control financiero de esta prestación.

-Dentro de las disposiciones adicionales se prevé la inclusión de las prestaciones del ingreso mínimo vital en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas (disp. adic.2ª); se establece un procedimiento especial de reintegro de renta mínima autonómica indebidamente percibida con motivo del reconocimiento de la prestación económica del Ingreso mínimo vital (disp. adic. 9ª); y se regula el reconocimiento del complemento de ayuda para la infancia a los beneficiarios de la asignación económica por hijo o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33 por ciento (disp. adic. 10ª).

-Dentro de las Disposiciones Transitorias, se establecen reglas tanto respecto a la prestación transitoria del IMV (Disp. Transit.1ª), cuanto a la prestación de solicitudes en función de la fecha de presentación (Disp. Transit.1ª).

También se regula la asignación por hijo o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33 por ciento e ingreso mínimo vital (Disp. Transit. 6ª); la colaboración de las Entidades del Tercer Sector de Acción social en la gestión de la prestación de Ingreso Mínimo Vital (Disp. Transit. 7ª); y se establecen reglas aplicables a los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley (Disp. Trans. 8ª).

-La disposición final tercera modifica el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por RD-Leg. 1/2015, de 24 de julio, para incluir a las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital entre las personas que se encuentran exentas de la aportación de los usuarios a la prestación farmacéutica ambulatoria.

-La disposición final cuarta modifica el texto refundido de la LGSS al objeto de incluir la prestación del ingreso mínimo dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social y de incorporar las necesarias obligaciones de facilitación de datos para el reconocimiento, gestión y supervisión de la prestación por parte del Ministerio de Hacienda, comunidades autónomas, diputaciones forales, Ministerio del Interior, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, Instituto de Mayores y Servicios Sociales y organismos competentes autonómicos. Asimismo, se suprime la asignación económica por hijo o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33 por ciento, pues esta prestación se integrará en el ingreso mínimo vital.

-Finalmente, se incorporan modificaciones en la LRJS (Disp. final 9ª). En concreto, se da una nueva redacción a la letra o del art. 2 LRJS para añadir, entre las cuestiones litigiosas de las que conocerán los órganos jurisdiccionales sociales, las cuestiones referidas a aquellas prestaciones de protección social que establezcan las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias, dirigidas a garantizar recursos económicos suficientes para la cobertura de las necesidades básicas y a prevenir el riesgo de exclusión social de las personas beneficiarias.

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

2.1. Libertad sindical

-STC de 21/06/2021 nº 130/2021. Recurso de Amparo nº 872/2020 [PROV\ 2021\ 238333. RTC\ 2021\ 130]

DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD SINDICAL: En relación con la libertad de huelga: demanda de conflicto colectivo promoviendo la declaración de ilegalidad de la huelga por irregularidades en su convocatoria y consecuente ejercicio abusivo del derecho de huelga: constitución de cinco comités de huelga diferentes con 43 miembros cuando las cinco convocatorias de huelga era idénticas en su modalidad, duración y tabla reivindicativa: negativa a conformar una comisión negociadora con una composición ajustada a lo dispuesto en el art. 5 del RD Ley 17/1977, de 4 marzo: composición ineficaz para una negociación ágil: consideración de huelga abusiva: la creación de esta comisión negociadora no reduciría la capacidad de negociación de los sindicatos convocantes ya que su composición debería respetar la representatividad de cada uno de ellos, sin que los sindicatos minoritarios pudieran quedar excluidos de dicha comisión y, por tanto, de la negociación de un acuerdo con valor de convenio colectivo: vulneración inexistente. DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES: Derecho de acceso a la jurisdicción: contenido: Jurisdicción y procedimiento laboral: demanda de conflicto colectivo promoviendo la declaración de ilegalidad de la huelga por irregularidades en su convocatoria y consecuente ejercicio abusivo del derecho de huelga: ámbito sindical: calificación de huelga abusiva resultante de la negativa de los cinco comités de huelga actuantes a constituir una comisión negociadora con composición ajustada a la normativa reguladora: posibilidad del sindicato de intervenir en el procedimiento, tanto en la Audiencia Nacional como en el Tribunal Supremo, donde se han dictado las resoluciones de fondo correspondientes con pronunciamientos contrarios a las propuestas del sindicato recurrente: vulneración inexistente.

2.2. Negociación colectiva

-STS 1127/2021 17-11-2021 Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Convenios Colectivos: interpretación del último inciso del art. 58.b) del III Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, sobre licencias y permisos. Cuando este establece que en los casos de hospitalización de un familiar hasta el segundo grado, el permiso retribuido deberá ser ampliado desde los dos a los cuatro días hábiles, si para ello resulta preciso hacer un desplazamiento a otra localidad, hay que interpretarse, al mejorar lo regulado en esta materia en el ET, que basta el cambio de término municipal tomando como referencia el domicilio de residencia habitual al del lugar en que se encuentra el familiar, para que surja el derecho a disfrutar este permiso ampliado. Se valora la existencia de afectación general con relación a otros asuntos (STS 895/2021 Recud.1362/2020, que no se admitió. Ahora se considera que concurre, tomando como referencia lo resuelto en la sentencia núm. 1130/2021, de 17 de noviembre (Recud.3105/2020), donde se apreció para un caso idéntico afectación general.

-STS 65/2022 25-01-2022 Ponente: Ricardo Bodas Martin

Convenio Colectivo: falta de convenio colectivo aplicable. Debe aplicarse al demandante el convenio colectivo de comercio de Madrid, que es el pactado en su contrato de trabajo, y no el convenio colectivo de comercio de la provincia de Málaga, que es el lugar donde presta servicio. Si no hay convenio de aplicación, nada impide que las partes acuerden libremente la aplicación de uno de esos convenios, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.1.c ET, en relación con los arts. 1089, 1091 y 1255 CC, no vulnerándose, por tanto, lo dispuesto en el art. 37.1 CE, ni los arts. 82 y 85.1 y 2 ET, toda vez que, el pacto antes dicho tuvo un objeto lícito, al no ser aplicable ningún

convenio, lo que impide por sí mismo, que en el mismo se estableciera condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos.

-SAN de 10/05/2021, nº 103/2021. Ponente: José Pablo Aramendi Sánchez

ACUERDO EXTRAESTATUTARIO: eficacia y validez: acuerdo colectivo de carácter programático, dirigido a comprometer y sentar las bases de la negociación futura de modificación sustancial de las condiciones laborales de las diversas tiendas del grupo empresarial «INDITEX»: pacto estipulado con los Sindicatos más representativos en el reseñado grupo. LIBERTAD SINDICAL: inexistencia de vulneración en materia de negociación colectiva: acuerdo firmado por los Sindicatos más representativos en el grupo de empresas: habiendo participado en la negociación la entidad sindical demandante.

2.3. Contratos temporales

-TJUE Auto 13-12-2021, C 226/21, KQ y Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (Sescam)

Procedimiento prejudicial — Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada — Cláusula 4 — Principio de no discriminación — Concepto de "condiciones de trabajo" — Exención de guardias médicas por motivos de edad concedida únicamente a los trabajadores con contrato de duración indefinida»

-STS 1073/2021 02-11-2021 Ponente: Concepción Rosario Ureste García

Se debate en el recurso de casación unificadora si, al extinguirse válidamente un contrato de interinidad por sustitución, debe abonarse a la trabajadora una indemnización de 20 días por año de servicios prestados, o la recogida en el art. 49.1.c del ET. La Sala IV comienza por indicar que, al ser única la materia de contradicción planteada, y citarse en la interposición del recurso varias sentencias de contraste, se requirió a la recurrente a efectos de que seleccionara una de ellas. Ahora bien, la sentencia seleccionada no era firme en el momento de finalizar el plazo para la interposición del recurso. En consecuencia, se tuvo por seleccionada la más moderna e idónea de las citadas, que no resulta contradictora con la recurrida pues abordar cuestiones dispares. En efecto, en la recurrida se examina la doctrina sobre la unidad esencial del vínculo; cuestión no debatida en la referencial. Y tal disparidad es relevante, pues no son similares las circunstancias contractuales de las respectivas actoras. Indica la sala IV que la falta de contradicción como causa de inadmisión del recurso se transforma en causa de desestimación en este momento procesal

-STS de 30/06/2021, n 681/2021. Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2492/2019. Ponente: Mª Lourdes Arastey Sahún [PROV\ 2021\ 253072. RJ\ 2021\ 3974]

CONTRATO DE INTERINIDAD POR VACANTE: superación de los tres años de duración: no concurre justificación de la falta de provisión de la vacante: aplicación del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que figura como Anexo a la Directiva 1999/70/ CE: incidencia STJUE de 3 de junio de 2021: consideración de indefinido no fijo por ausencia de justificación objetiva de la larga duración del contrato. RECTIFICA LA APLICACIÓN DE DOCTRINA

2.4. Tiempo de trabajo

-STS 75/2022 26-01-2022 Ponente: Sebastián Moralo Gallego

Licencias y permisos: efectos jurídicos que sobre la previsión convencional en la materia deben derivarse de la supresión del permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo que

reconocía el artículo 37.3 b) ET, tras la entrada en vigor de la nueva redacción de ese precepto legal operada por el art. 2.9 del 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, así como de la equiparación de la duración de la suspensión del contrato de trabajo de ambos progenitores instaurada en su art. 2. 12, que modifica lo dispuesto en el a artículo 48 ET.

Las mejoras convencionales del régimen legal anteriormente previsto para el permiso de paternidad quedaban indisociablemente vinculadas a la propia vigencia y existencia del derecho sobre el que dicha mejora versa, de tal manera que una vez desaparecido tal derecho no cabe admitir la pervivencia autónoma y separada de aquella mejora.

Es evidente que la finalidad de lo pactado en el convenio colectivo no era otra que la de mejorar el régimen de aquel permiso, y no cabe considerar que la común voluntad de las partes pudiere ser el mantenimiento de ese derecho al permiso de paternidad una vez desaparecido e integrado en aquella nueva causa de suspensión del contrato de trabajo, ni como ya hemos dicho, es factible admitir que fuese la de permitir su disfrute una vez agotado el plazo de dicha suspensión.

-STS 149/2022 15-02-2022 Ponente: Antonio V. Sempere Navarro

KONE ELEVADORES. No es discriminatorio que la empresa contabilice la pausa por bocadillo como tiempo de trabajo para quienes necesariamente desarrollan su actividad en régimen de jornada continuada, mientras que no sucede así con los "ascensoristas de calle", que poseen cierta libertad para auto organizar su horario. La obligación de prestar una jornada de igual duración no basta para activar los resortes de la no discriminación. De acuerdo con Ministerio Fiscal, estima recurso empresarial frente a STSJ Madrid 546/2018.

-STJUE de 09.12.2021, asunto núm. C 217/2020; XXX/Staatssecretaris van Financiën [PROV\ 2021\ 372908 - TJCE\ 2021\ 259]

POLÍTICA SOCIAL: Ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE): vacaciones anuales «retribuidas»: los Estados miembros deberán respetar que el derecho a vacaciones anuales retribuidas debe determinarse, en principio, en función de los períodos efectivamente trabajados con arreglo al contrato de trabajo, sin que se tenga en cuenta el hecho de que el importe de esa retribución se haya reducido como consecuencia de una situación de incapacidad laboral por enfermedad

-STC de 31/05/2021, nº 119/2021. Recurso de Amparo nº 3199/2020 [PROV\ 2021\ 207869. RTC\ 2021\ 119]

DISCRIMINACION: Discriminaciones por razón de sexo: relaciones laborales: excedencia por cuidado de hijos menores: reducción de jornada en 2 horas y exclusión de realización de guardias los fines de semana y festivos: posterior modificación de la jornada para prestar servicios de una hora y treinta minutos los sábados, por razones organizativas de la empresa: órgano judicial que únicamente valora las razones organizativas alegadas por la empresa para justificar la modificación del horario de la trabajadora, sin tener en cuenta sus circunstancias personales y familiares: la dimensión constitucional de las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa: discriminación existente.

2.5. Modificaciones sustanciales del contrato de trabajo

-STS de 17/06/2021, nº 635/2021. Recurso de Casación nº 180/2019. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro [PROV\ 2021\ 222931. RJ\ 2021\ 3529]

MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO COLECTIVAS NULA: la supresión unilateral por la empresa del derecho de los trabajadores a la percepción de propinas por parte de la clientela, constituye una modificación sustancial, al ser la eliminación de esa ocasión de ganancia un cambio relevante, no tanto en su dimensión económica (siempre incierta) sino en aspectos atinentes al clima de trabajo y a la existencia de estímulos o recompensas honoríficas, terminando con una práctica bien conocida en el sector de hostelería y abortando la posibilidad de disfrutar del reconocimiento moral sobre la calidad o esmero en la tarea desempeñada; la empresa puede acordar válidamente la prohibición de que su plantilla sea gratificada por la clientela, por así derivar de su poder de organización y dirección pero, al ser esa posibilidad de ganancia económica y recompensa moral preexistente, ha de seguir el procedimiento fijado al efecto por el artículo 41 ET, y, al no haberse seguido el mismo, la modificación llevada a cabo por la empresa es nula. VOTO PARTICULAR.

2.6. Principio de no discriminación y deber de trato igual

-STC de 13/09/2021, nº 153/2021. Recurso de Amparo nº 1797/2020 [PROV\ 2021\ 313714. RTC\ 2021\ 153]

DISCRIMINACION: Por razón de sexo y motivos personales: maternidad: decisión empresarial de cambio de puesto de enfermera, tras pactar de mutuo acuerdo una reducción de jornada por guarda legal de menor, de UCI pediátrica a otros servicios del hospital, justificada por la concurrencia de razones organizativas objetivas ajenas a todo factor discriminatorio: medida que no supone un obstáculo a su carrera profesional o una degradación o retroceso profesional, puesto que sigue realizando funciones de enfermera, en la misma categoría/grupo profesional en el Servicio de urgencias, y no pierde la vacante de UCI pediátrica, a la que se reintegrará cuando vuelva a jornada completa: discriminación inexistente.

2.7. Deber de respeto a la dignidad e intimidad del trabajador

-STC de 04/10/2021, nº 160/2021. Recurso de Amparo nº 3884/2017 [PROV\ 2021\ 333155. RTC\ 2021\ 160]

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: Ámbito laboral: relevancia de grabaciones sonoras sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE): despido de asesor comercial por la persistencia en el mantenimiento de una actitud renunente, tras varias advertencias por su incorrecto proceder, detectado en las grabaciones: utilización inicial de las mismas con fines de calidad y de servicio formativo, en cumplimiento de la cláusula pactada con los representantes de los trabajadores: cuestión ajena al contenido del derecho fundamental: necesidad de determinar si la actitud renuente del empleado es susceptible de ser sancionada que corresponde a los órganos judiciales: vulneración inexistente. Fallo:El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo contra Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18-05-2017, por el que se inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 05-2016, por la que se desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Zaragoza, de 09-06-2015, pronunciada en el procedimiento sobre impugnación de despido disciplinario, por vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal en la faceta de protección de datos de carácter personal: inexistencia.

2.8. Retribución del trabajo. Salario

-STS 1096/2021 05-11-2021 Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín

Se cuestiona si los efectos económicos del plus de montaña que se reconoce a los trabajadores de los Paradores de Turismo de Santo Estevo (Ourense) y Corias (Asturias) en el Convenio Colectivo de Paradores que entró en vigor el 10 de mayo de 2019 se producen en dicha fecha o a partir del 1 de enero de 2018. El plus de montaña se prevé en el artículo 29 del Convenio colectivo de Paradores de Turismo de España. El convenio colectivo se publicó en el BOE el 9 de mayo de 2019, por lo que entró en vigor el día siguiente, esto es, el 10 de mayo de 2019. El artículo 29 del convenio colectivo, sobre «plus de montaña», añadió con fecha de efectos de su entrada en vigor los paradores de Santo Estevo (Ourense) y Corias (Asturias). El artículo 3 del nuevo convenio colectivo añadió que los efectos económicos se retrotraerían al 1 de enero de 2018. Si el plus de montaña se aplica a los Paradores de Santo Estevo y Corias desde la entrada en vigor del convenio colectivo y el régimen de dicha entrada en vigor establece (artículo 3) que fija la retroacción de sus efectos económicos a una fecha anterior, no hay razones para privar a los trabajadores de aquellos Paradores de la percepción retroactiva del plus de montaña, que tiene unos claros efectos económicos. La remisión a la fecha de entrada en vigor es al régimen jurídico completo de dicha entrada en vigor (que incluye la retroacción de los efectos económicos) y no solo a una parte de él.

2.9. Sucesión de empresa. Subrogación

-STS de 01/07/2021, nº 703/2021. Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 4079/2018. Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín [PROV\ 2021\ 239968. RJ\ 2021\ 3599]

CANAL DE ISABEL II: derechos del acuerdo colectivo de garantías individuales firmado en 2010, para el supuesto de subrogación: deja de aplicarse a la trabajadora que suscribió varios contratos de interinidad por sustitución y, con posterioridad a la subrogación, superó con éxito un proceso selectivo para cubrir por turno libre un puesto de administrativo comercial, extinguiéndose el contrato de interinidad y suscribiendo un contrato indefinido: es un supuesto de novación extintiva; el acuerdo se aplica a todos los trabajadores subrogados, indefinidos o temporales, pero no a quien queda fuera de su ámbito de aplicación por haber suscrito, tras la subrogación, un nuevo contrato indefinido que extingue el anterior contrato temporal de interinidad y que tiene sus propias condiciones. VOTO PARTICULAR.

-SAN de 27/07/2021, nº 181/2021. Ponente: José Pablo Aramendi Sánchez [PROV\ 2021\ 278853. AS\ 2021\ 1641]

GARANTÍAS POR CAMBIO DE EMPRESARIO: fusión por absorción de Mutua Colaboradora de la Seguridad Social (Mutua Gallega) por parte de otra Mutua (Ibermutuamur), creando una tercera entidad mutual (Ibermutua): naturaleza jurídica de las mismas: pertenencia al sector público; efectos de la subrogación: existencia de una Pacto colectivo de la Mutua absorbente con la representación sindical: alcance de los límites económicos derivados de las Leyes Presupuestarias de obligada aplicación en el sector público: determinación; retribuciones del personal absorbido: abono de complementos de productividad e incentivos al personal de la Mutua absorbida, previstos en la entidad absorbente: no debe estimarse: inaplicación del Pacto colectivo suscrito entre la Mutua Colaboradora absorbente y la representación sindical, tanto por no estar contemplados en el convenio de la Mutua absorbida, como por los límites dispuestos en materia retributiva por las Leyes Presupuestarias; respeto a condiciones laborales preexistentes: abono procedente de la cesta de Navidad, por sí estar previsto ello en la Mutua absorbida.

2.10. Expedientes de Regulación Temporal de Empleo

-STS de 18/11/2021, nº 1134/2021. Recurso de Casación nº 178/2021. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro [PROV\ 2021\ 367878. RJ\ 2021\ 5226]

ERTE POR CAUSA DE FUERZA MAYOR TEMPORAL (COVID-19): la suspensión de los contratos en empresa adjudicataria de contratos públicos para la prestación del servicio de restauración o comedor de los centros públicos, es compatible con el derecho del contratista o concesionario de un servicio público al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, si se encuentra en la situación descrita en el art. 34.4 párr. 1º del RDley 8/2020, de 17 de marzo, sin que la empresa venga obligada a abonar la diferencia entre la prestación por desempleo y el salario habitual. APLICA Y REFUERZA LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA 83/2021 DE 25 DE ENERO.

2.11. Despidos colectivos

-SAN de 22/06/2021, nº 147/2021. Ponente: Ramón Gallo Llanos [PROV\ 2021\ 220241. AS\ 2021\ 1423]

ACUERDO MARCO DE RELACIONES LABORALES SUSCRITO ENTRE INDRA SISTEMAS, SA Y LAS ORGANIZACIONES CCOO, UGT Y USO EN EL SENO DE UN PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO: encuadrado dentro las medidas para evitar dicho despido: nulidad total del Acuerdo: denegación: el mismo consta acreditado que ha sido negociado de buena fe, sin que el hecho de que reconozca determinados derechos de participación en la empresa e información a los integrantes de la Comisión de seguimiento del mismo que puedan concurrir con los derechos de información y consulta que la ley reconoce a los órganos de representación unitaria y sindical de los trabajadores no firmantes del acuerdo en su ámbito de actuación, implique que se restrinja a estos de dichos derechos y, sin que, en ningún momento, se atribuyan a dicha Comisión de Seguimiento funciones negociadoras que no le son propias, no vulnerándose, por lo tanto, el derecho de libertad sindical de dicho sindicato ; nulidad parcial: denegación: en los apartados del acuerdo denunciados no se aprecia la vulneración de los derechos de información y consulta que el sindicato no firmante denuncia; tampoco se parecía que el nuevo sistema lanzadera que el acuerdo establece contravenga lo dispuesto en los arts. 44 y 45 del Convenio del Metal de Madrid, ya que mejora lo en él establecido; tampoco se aprecia que la expresión contenida en el apartado relativo a la distribución irregular de la jornada, «con posibilidad de aplicar en en sábados, domingos y festivos», infrinja lo establecido en los arts. 48.3 del Convenio colectivo del Metal de Madrid y el artículo 82.3, pues dicho apartado adapta el mismo a la realidad de la empresa, y sin que, en ningún momento, puede inferirse que sea la intención de las partes que lo acordaron rebasar los límites que en orden a la distribución irregular de la jornada establece el precepto convencional; finalmente, el acuerdo no determina el convenio aplicable en la empresa, sino que ratifica la aplicación del mismo (Convenio colectivo del Metal de Madrid) y sin que la exclusión del mismos del personal adscrito a áreas corporativas de la empresa suponga ilegalidad alguna.

2.12. Despido improcedente

-STS 1260/2021 14-12-2021 Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

La Sala Cuarta desestima la demanda de revisión instada frente a la sentencia del Juzgado de lo Social que declaró la improcedencia del despido, confirmada en suplicación e intentada la casación unificadora. Tras recordar el carácter extraordinario del recurso de revisión y la interpretación restrictiva de las causas tasadas para promoverlo concluye que: 1) No puede darse por acreditado el cumplimiento del plazo de tres meses establecido en el art. 512 LEC, contados a partir

del momento en que hubiere llegado a conocimiento del interesado la existencia de la causa o motivo revisorio. 2) No se trata de documentos decisivos, pues la parte demandante supone erróneamente que la calificación del despido se ve afectada por la previa existencia de un fenómeno interpositorio, cuando no es así. 3) La grabación aportada no constituye documento, ni tampoco su transcripción. 4) No acredita que no pudiera alegar anteriormente su condición de delegado sindical. 5) Tampoco acredita la concurrencia de la fuerza mayor para retener documentos. Añade que los argumentos acerca de la vulneración del derecho a la indemnidad de la recurrente buscan que la Sala vuelva sobre lo ya resuelto, lo que no es objeto del recurso de revisión. Y, por último, reprocha la falta de una mínima explicación de las razones por las que la demanda se dirige frente a la sentencia del Juzgado de lo Social y no frente a la dictada en suplicación o al Auto que inadmite el recurso de casación unificadora.

2.13. Despido nulo

-STS 26/2022 12-01-2022 Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Se cuestiona si ha de calificarse como despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad, el cese de un trabajador indefinido no fijo al que, tras serle reconocida esta condición, se le adscribe a una plaza de personal funcionario.

El trabajador reclamó en vía judicial que se le adscribiera a una plaza de personal laboral, produciéndose su cese, justificado por haberse cubierto reglamentariamente por personal funcionario. Se alega que el despido ha de calificarse nulo, dada la demanda previa del trabajador. Cuestión similar ha sido resuelta por la Sala, Calificando como despido el cese del personal laboral fundado en la ocupación de la plaza de funcionario puesto que no estamos ante ninguna causa lícita de extinción del contrato de trabajo que pueda ser subsumida en el art. 49.1 b) ET, siendo la única vía válida para la extinción de los contratos de trabajo de los indefinidos no fijos la cobertura de la plaza de personal laboral que corresponda con la que ocupen en su calidad de tales, o, en su caso, la amortización de tal plaza con la exigencia de que la Administración acuda a la vía de los arts. 51 y 52 ET , de conformidad con lo previsto por la Disp. Ad. 20ª de dicho texto legal. Así, el cese de la trabajadora constituye un despido que carece de justificación, apreciando la lesión del derecho fundamental a la garantía de indemnidad, como hiciera la Sala con los demás trabajadores afectados por situaciones análogas.

-STS 54/2022 20-01-2022. Ponente: Juan Molins García-Atance

Air Europa. Despido declarado nulo de un Tripulante de Cabina de Pasajeros (TCP). Examen de oficio de la suficiencia de la consignación para recurrir en casación. El TCP había suscrito varios contratos eventuales. Se negó a firmar el contrato indefinido a tiempo parcial que le había ofrecido la empresa e interpuso una primera demanda de despido. El TSJ rechazó que la finalización de la prestación de servicios laborales cuando finalizó el último llamamiento, fuera un despido. Cuando el TCP no fue objeto de llamamiento, interpuso una segunda demanda de despido. La citada negativa del trabajador a firmar el contrato de trabajo ofrecido por la empresa no supuso una dimisión del trabajador. La no inclusión del TCP en el escalafón de la empresa no impide que esta deba contratarle en los nuevos llamamientos. La primera sentencia de despido no produce efecto de cosa juzgada. La negativa empresarial a contratar al TCP tras la interposición de la demanda de despido constituye un indicio de vulneración de la garantía de indemnidad. Se confirma la sentencia recurrida, que declaró nulo el despido

-STS de 21/07/2021, nº 812/2021. Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3702/2018 [PROV\ 2021\ 239484. RJ\ 2021\ 3746]. Ponente: Angel Antonio Blasco Pellicer

DESPIDO NULO POR VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD: trabajadora contratada temporalmente por obra o servicio determinado vinculado a la duración de

una contrata mercantil, que es cesada por finalización del contrato en base a la extinción de dicha contrata por mutuo acuerdo entre las empresas, muy poco tiempo después de que presentara una denuncia ante la Inspección de Trabajo reclamando, entre otros asuntos, la existencia de relación laboral indefinida, sin que la empleadora haya ofrecido una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la medida rescisoria del contrato y de su justificación. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: tratándose de un motivo de infracción procesal, las identidades necesarias para apreciar la contradicción, es suficiente la homogeneidad entre las infracciones procesales comparadas, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias contrastadas.

2.14. Extinción del contrato por causas objetivas

-STS 06/2022 11-02-2022 Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga

La Sala Cuarta resuelve que está justificado un despido objetivo cuando concurren causas productivas y organizativas -terminación de la contrata- y la empresa en el mismo periodo ha procedido a la contratación de trabajadores a través de ETT para prestar servicios en otro centro de trabajo de la misma provincia, ubicado a 26 Km del centro al que pertenecía el trabajador despedido. Aunque la empresa tenga un único código de cotización en los dos centros de trabajo y la representación legal de los trabajadores sea compartida, son dos centros diferenciados.

La suscripción de 17 contratos de puesta a disposición para cubrir tareas de la categoría del actor en el otro centro, no incide en la calificación de las causas de su despido objetivo, pues en su centro no consta en qué fechas se suscribieron los contratos de puesta a disposición. La pérdida de una contrata constituye una causa justificativa del despido objetivo y al producirse la extinción de la totalidad de la misma y no la mera reducción de su volumen, resulta ajustada la extinción de cuatro de los cinco contratos de quienes prestaban servicios en el centro de trabajo, sin que el dato de la reubicación del quinto trabajador en el otro centro incida en ello. El art. 52 c) ET no impone al empresario la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa, ni viene obligado, antes de la efectividad del despido, a destinarlo a otro puesto vacante de la misma.

2.15. Procedimientos concursales

-STS 1138/2021 23-11-2021 Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Se discute, en aplicación del Decreto 4/2012 de la Junta de Andalucía de medidas extraordinarias y urgentes en materia de prestación socio-laboral a ex trabajadores andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis, quien debe abonar la indemnización (60 días/año, 42 mensualidades) pactada entre Astilleros de Sevilla y la RLT, en el procedimiento concursal, íntegramente la Junta de Andalucía o el Fogasa hasta el límite legal de su responsabilidad (20 días/año 12 meses) y el resto por la Junta, a pesar de que concurre silencio administrativo positivo. Es la Junta de Andalucía la que debe hacer frente a la totalidad de la indemnización, sin que proceda disminuirla por una hipotética responsabilidad del Fogasa, toda vez que se trata de una cantidad íntegra y previamente pactada que tiende, por un lado, a garantizar su percepción por cada trabajador y, por otro, a aliviar los créditos contra la masa de la empresa concursada. El DL 4/2012, de 16 de octubre, de la Junta de Andalucía en su art. 4 manifiesta que la cuantía de la ayuda socio laboral es la equivalente a la establecida en concepto de indemnización para cada trabajador en el Expediente de Regulación de Empleo, autorizado mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil en la pieza de cuestión incidental de especial pronunciamiento. Se aprecia la falta de contradicción del recurso del FOGASA. Reitera doctrina

2.16. Aspectos procesales

-STS 23/2022 12-01-2022 Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Unificación doctrinal sobre temas procesales. Excepcional necesidad de examinar el tema suscitado para apreciar la contradicción. Virtualidad del artículo 94.2 LRJS sobre ficta documentatio ("Si no se presentaren sin causa justificada, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada"). Examina doctrina sobre la figura y aprecia su respeto por parte de la sentencia recurrida. Tras ello concluye que realmente no hay contradicción con la sentencia referencial. Desestimación del recurso frente a STSJ 5608/2018 Cataluña, en concordancia con Ministerio Fiscal.

-STC de 12/07/2021, nº 140/2021. Recurso de Amparo nº 5508/2018 [PROV\ 2021\ 238317. RTC\ 2021\ 140]

DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES: Derecho de acceso a la jurisdicción: Jurisdicción y procedimiento laboral: despido colectivo por causas objetivas que trajo causa de un ERE, que concluyó con acuerdo: viabilidad de cuestionar en procesos individuales la concurrencia de las causas del despido colectivo, aún en el caso de que existiera acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores: resoluciones judiciales que impiden la fiscalización en procesos individuales de las causas justificativas del despido, dado que no existe previsión legal expresa que la autorice: vulneración existente.

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

3.1. Contrato de trabajo

- CREMADES CHUECA, O.: *Modelo de responsabilidad laboral en los grupos de empresas: una anatomía crítica*, Laborum, 2022, 362 págs.

-ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: *La relación laboral internacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2022

-HERAS GARCÍA, A.: *Trabajo a distancia y teletrabajo, análisis crítico de normas y prácticas convencionales,* CEF, 2021, 231 págs.

-MONEREO PÉREZ, J.L. Y LÓPEZ VICO, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del covid-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*, Laborum (Col. Temas Puntuales), 2022, 150 pp.

-RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E: *Conciliación y Corresponsabilidad de las personas trabajadoras*, Ed. Bosch, 2021, 410 págs.

-VVAA: *Reestructuraciones empresariales*. "XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". MESS, 2021, 341 págs.

3.2. Derechos colectivos

-ARGÜELLES BLANCO, A.R: *Derecho de huelga y determinación de los servicios mínimos*, Tirant lo Blanch, núm. 272, 2022.

-COLLADO GARCÍA, L., ROMERO RÓDENAS, M.J., TARANCÓN PÉREZ, E.: *Elecciones sindicales del personal laboral funcionario y estatutario*, Bomarzo, 2022

-GÓMEZ MUÑOZ, J.M. (Dir.): *Nuevas formas de negociación colectiva en la empresa digital*, Bomarzo, 2022.

-GÓMEZ MUÑOZ, J.M. (Dir.): *Sindicalismo y capitalismo sindical: los límites del conflicto*, Ed. Bomarzo, 2021, 313 págs.

-MORENO DÍAZ, J. M.: *Negociación colectiva internacional en el marco de la digitalización*, Bomarzo, 2021, 220 págs.

3.3. Empleo y formación

- CALVO GALLEGO, F.J., HERNÁNDEZ BEJARANO, M., RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, M.: *Revolución de las formas de empleo en el siglo XXI*, Laborum, 2021.

-DURÁN BERNARDINO, M.: *Estudio multinivel de las políticas de empleo juvenil*, Dykinson, 2022, 234 págs.

-GARCÍA QUIÑONES, J.C.: *Políticas activas de empleo*, Tirant lo Blanch, 2002

-HIERRO HIERRO, F. J.: *Políticas públicas de fomento de empleo: colectivos beneficiarios*, Ed. Dykinson, 2021, 220 págs.

3.4. Proceso laboral

-GONZÁLEZ CALVET, J.: *Las medidas cautelares en la jurisdicción social*, Sepin, 2022, 286 págs.

3.5. "Reforma laboral 2021"

-ABRIL LARRAINZAR, P., CANO GALÁN, Y., GARCÍA RODRÍGUEZ, B. MARTÍN JIMÉNEZ, R. SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Reformas laborales y de Seguridad Social*, Francis Lefebvre, 2022.

-DOMENECH PRECIADO, H.: *La reforma laboral de 2021. Comentarios de urgencia al Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre*, Bormarzo, 2022, 98 págs.

-GOERLICH PESET, J.Mª.: *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, 2022

-KAHALE CARRILLO, D.T.: *Los nuevos contratos de trabajo y la nueva transformación del mercado de trabajo. Reforma laboral 2021*, Laborum.

-LAHERA FORTEZA, J.: *La Negociación Colectiva tras la Reforma Laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, 2022

-LÓPEZ BALAGUER, M., RAMOS MORAGUES, F.: *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*. Tirant lo Blanch, 2022

-MARTÍNEZ MORENO, C.: *Claves prácticas de la reforma laboral*, Ed. Francis Lefebre, 2021

-MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (DIRS. y COORDS.): *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico,* Laborum, 2022.

-ROQUETA BUJ, R.: *Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma. ERTEs, ETOP, FM, COVID-19 y RED*, Tirant lo Blanch, 2022

-SALA FRANCO, T.: *La reforma laboral, la contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, 2022

-VILA TIERNO, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Aranzadi, 2022.

-VVAA: *Las diez claves prácticas de la reforma laboral de 2021*, Wolters Kluwer, 2021.

3.6. Administraciones públicas

-QUINTANILLA NAVARRO, R.Y: *Teletrabajo en las administraciones públicas: ámbito estatal y autonómico*, Aranzadi, 2022

-ROQUETA BUJ, R: *La reforma de la contratación temporal en las administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, 2022.

3.7. Obras generales y otras

-ARUFE VARELA, A., MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *El personal laboral de la oficina internacional del trabajo de la OIT*, Comares, 2022, 105 págs.

-CALLEJÓN GARCÍA, L.; LÓPEZ MARTÍNEZ, G.; MESEGUER SÁNCHEZ, J. V.: *Mujer, inclusión social y Derechos Humanos reflexiones desde las ciencias sociales y jurídicas*, Aranzadi, 2021, 410 págs.

-ESPÓSITO, MARCO; MONEREO PÉREZ, J.L; PERÁN QUESADA, S. VILA TIERNO, F. (DIRS): *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales nuevos paradigmas para comprender el Derecho del trabajo del siglo XXI*, Comares, 2020, 1174 págs.

-GÁRATE CASTRO, J.; MANEIRO VÁZQUEZ: Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española,* Aranzadi, 2022, 213 págs.

-GUAMÁN HERÁNDEZ, A: *Diligencia debida en los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2022.

-LÓPEZ ARRANZ, Mª A.: *Un estudio de derecho comparado de la pensión de jubilación en España y Portugal*, Aranzadi, 2021, 133 págs.

-MANEIRO VÁZQUEZ: Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi, 2022, 213 págs.

-MOLERO MARAÑÓN, M.L.: (Dir): *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Aranzadi, 2022, 748 págs.

-MOLINA NAVARRETE, C., VALLECILLO GÁMEZ, M.R. (Dirs.): *De la economía digital a la sociedad e-work decente: condiciones socio laborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Aranzadi, 2022, 630 págs.

-MONTOYA MELGAR. A.: *Amos y Criados en el teatro clásico, cuatro ensayos con el derecho del Trabajo a fondo*, Civitas, 2022, 128 págs.

-QUINTANILLA NAVARRO, R.Y: *Teletrabajo en las administraciones públicas: ámbito estatal y autonómico*, Aranzadi, 2022

-QUINTANILLA NAVARRO, Y.: *Cuestiones cruciales del ordenamiento sociolaboral*, Ed. Dykinson, 2022.

-SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), GARCÍA RODRÍGUEZ, B, MARÍN MORALES, I.: *Una mirada laboralista a la música pop (1950-2020),* Eolas, 2022.

-VVAA: *Tendencias estratégicas en la dirección internacional de personas: "teletrabajo, brecha salarial, big data y nuevos roles",* Francis Lefebvre, 2022, 290 págs.

3.8. Obras de teoría general del derecho social del trabajo

-DURKHEIM, E.: *Escritos Selectos,* edición y estudio preliminar, "La sociología política de Durkheim: Integración social, sociedad civil y democracia" (pp.XI-LXII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2022.

-RIPERT, G.: *El régimen democrático y el Derecho Civil Moderno,* trad. J.M. Cajica, revisión, edición y estudio preliminar, "Derecho privado y democracia constitucional: Georges Ripert, ¿Paradigma de jurista liberal?" (pp. IX-LXXXVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2022.

4. RECENSIONES

"INNOVACIÓN TECNOLÓGICA, CAMBIO SOCIAL Y SISTEMA DE RELACIONES LABORALES. NUEVOS PARADIGMAS PARA COMPRENDER EL DERECHO DEL TRABAJO DEL SIGLO XXI", por José Luis Monereo Pérez, Francisco Vila Tierno, Marco Esposito y Salvador Perán Quesada. Granada, Editorial Comares, 2021, páginas: 1152.

SHEILA LÓPEZ VICO
Contratada predoctoral FPU
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-2608-3436

En la última década, y especialmente a raíz de la pandemia del Covid-19, hemos asistido a una cada vez mayor expansión en nuestro país de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, siendo estas herramientas que se han convertido en imprescindibles en el ámbito laboral e incluso en la vida privada de todo ciudadano. De este modo, se ha afirmado que actualmente nos encontramos inmersos en la que se ha denominado cuarta revolución industrial o industria 4.0., en la cual, se alzan como indudables protagonistas nuevas tendencias y herramientas como son el blockchain, la introducción de la inteligencia artificial, la virtualización y digitalización de los centros empresariales, etc. Todas estas figuras dan lugar a un cambio evidente y significativo en el modelo tradicional de empresa y como no puede ser de otra forma, en el marco jurídico laboral.

Nos encontramos por tanto, ante una mayor generalización de la *empresa panóptica de nuevo tipo* –que coexiste con otro de empresas con sistemas de vigilancia y control más tradicionales-, totalmente diferente a aquella en la que se basa nuestra normativa laboral, lo cual hace que cobre una renovada actualidad la relación entre poderes empresariales de dirección y control y derechos fundamentales de los trabajadores. Ello se debe a que estas nuevas tecnologías permiten ejercer los poderes empresariales más allá del espacio físico empresarial, entrando en el espacio virtual con las significativas repercusiones que ello tiene en los derechos y obligaciones de los trabajadores.

En este nuevo modelo empresarial, donde se convierten en esenciales aquellas herramientas que fomenten la flexibilidad y capacidad de adaptación de la empresa a un entorno altamente cambiante, no cabe duda de la centralidad que presentan y presentarán las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Todo ello hace que no resulte baladí analizar en detalle y críticamente cómo estas nuevas tendencias empresariales e innovaciones tecnológicas han incidido en la regulación jurídico laboral.

Con este ambicioso objetivo nace la obra colectiva titulada "Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI", que en esta ocasión tenemos la satisfacción de recensionar. La misma, se encuentra integrada dentro de la prestigiosa compilación dirigida por el profesor José Luis Monereo Pérez, denominada Trabajo y Seguridad Social, y publicada por la Editorial Comares. Además la integran un selecto y renombrado elenco de autores, todos ellos de reconocido prestigio en el ámbito jurídico y por tanto, amplios conocedores de la materia objeto de estudio. En concreto han participado en esta monografía: Edoardo Ales, Juan Carlos Álvarez Cortés, Lucía Aragüez Valenzuela, Alberto Arufe Varela, Effrosyni Bakirtzi, Jorge Baquero Aguilar, María Giovanna Elmo, Marco Esposito, Marina Fernández Ramírez, Lorenzo Gaeta, Juan Gorelli Hernández, Sara Guindo Morales, Belén del Mar López Insua, David Mangan, María Rosa Martín Muñoz, Jesús Martínez Girón, Jesús Ramón Mercader Uguina, José Luis Monereo Pérez, Gloria Montes Adalid, Francisca Moreno Romero, Alejandro Muros Polo, Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, Salvador Perán Quesada, Daiana Ana María Pitica, Alejandra Ríos Pérez, Susana Rodríguez Escanciano, José Antonio Rueda Monroy, José Luis Ruiz Santamaría, María Salas Porras, Iacopo Senatori, Mário Silveiro De Barros, Marco Tufo, Francisco Vigo Serralvo y finalmente, Francisco Vila Tierno.

En aras de lograr este ambicioso objetivo, los autores han realizado una rigurosa compilación y sistematización de datos, evidenciando las principales repercusiones que la innovación tecnológica está teniendo en la normativa jurídico laboral, señalando los principales retos que deben de afrontarse en el proceso de modernización y virtualización de nuestro sistema normativo y aportando una serie de conclusiones críticas en relación a cada uno de los puntos analizados y que se encuentran contenidos al final de cada capítulo. Además, los autores han enriquecido sumamente esta obra haciendo referencia no solo al marco normativo-laboral español, sino incluyendo además un análisis sobre los efectos que está teniendo la introducción y el irrefrenable avance de las nuevas tecnologías en otros países de la Unión Europea, como son Italia, Reino Unido, Grecia, Portugal y Alemania.

En cuanto a su estructura, esta monografía se encuentra dividida en 3 bloques diferenciados aunque íntimamente relacionados entre sí, los cuales a su vez se subdividen en un total de 31 capítulos.

A continuación, haremos referencia de manera más detallada a las distintas partes que componen la obra:

- Bloque I: "Implicación de los cambios tecnológicos en el ejercicio de los derechos laborales fundamentales." En esta primera parte, los autores tratan en profundidad como la innovación tecnológica, la introducción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y el cambio empresarial, entre otros muchos factores a los que venimos haciendo referencia, han incidido en los derechos laborales fundamentales de los trabajadores. En particular, se estudia en este bloque, entre otros, la incidencia que esta tendencia empresarial está teniendo en la representación de los trabajadores -tanto sindical como unitaria-, cual es la problemática a la que actualmente se enfrenta la negociación colectiva como consecuencia de estos cambios producidos tanto en el marco tanto empresarial como jurídico en nuestro país y cuáles son sus perspectivas de futuro, como ejercer el derecho fundamental a la huelga en este nuevo marco socioeconómico, etc. Por otro lado, especial mención merece el análisis que en este capítulo realizan los autores sobre los que podría denominarse nuevos derechos digitales de los trabajadores, como son el derecho al descanso, a la desconexión digital, a la intimidad, a la libertad de expresión, etc., siendo todos estos

derechos cuya garantía se muestra especialmente compleja desde un punto de vista práctico en el nuevo modelo empresarial y que son posteriormente analizados en el marco concreto del teletrabajo en el segundo bloque.

- Bloque II: "La necesaria reconfiguración del trabajo a distancia: el teletrabajo y el trabajo a domicilio en España." El segundo bloque de esta obra se centra en analizar en detalle la figura del trabajo a distancia ante la renovada importancia que la misma ha adquirido a raíz de las medidas de contención sanitaria del Covid-19 -las cuales dieron lugar a un aumento sin precedentes en la utilización de esta figura en nuestro país- y la reciente aprobación de la normativa reguladora de la misma. De este modo, parten los autores de un análisis de los antecedentes jurídico-normativos de esta figura, evidenciando los múltiples defectos y lagunas que presentaba -y que sigue presentando- su regulación en nuestro país. Una vez presentado el marco general en el cual se inserta esta figura, profundizan los autores en diversos aspectos conflictivos que se han puesto de manifiesto en el breve periodo de tiempo que ha transcurrido desde la expansión del teletrabajo en nuestro marco empresarial. Entre otros, se analiza en detalle como incide esta modalidad de trabajo en el derecho al descanso de los trabajadores -al haberse demostrado que el teletrabajo lleva aparejado un aumento del número de horas que dedican los trabajadores a su actividad profesional-, como se regula la compensación de gastos en la nueva regulación, como ha incidido esta nueva modalidad de trabajo en el ejercicio de los poderes de empresariales -en especial en aquellos relacionados con la vigilancia y el control-, etc. Especial mención merece también el tratamiento dado por los autores a un tema que hasta este momento no ha recibido la atención que merecía en los diversos estudios que se han realizado sobre esta materia en nuestro país, siendo este el análisis sobre la incidencia del teletrabajo en la inclusión en el mercado laboral de las personas con discapacidad, habiéndose demostrado que esta forma de prestación de los servicios a distancia si bien puede ser una medida idónea para lograr la efectiva igualdad laboral e inclusión, también puede dar lugar a un efecto totalmente contrario, conllevando un invisibilización de este y otros colectivos considerados tradicionalmente como vulnerables.

- Bloque III: "Cambio tecnológico. Reforma jurídico laboral y derecho comparado en el ámbito de la Unión Europea." Finalmente, los autores cierran esta interesante obra analizando como ha incidido el cambio tecnológico en la normativa jurídico laboral a nivel europeo, haciendo para ello referencia a los cambios que se han producido en la normativa laboral de distintos países de la Unión Europea. En este último bloque se analizan aspectos de gran relevancia como son la incidencia que ha tenido el teletrabajo, en otros países como Italia o Reino Unido, como han incidido los cambios tecnológicos en derechos fundamentales laborales como es el derecho a la intimidad, derechos colectivos e incluso desde un punto de vista de la Seguridad Social, etc.

Todo ello, hace que podamos concluir afirmando con total seguridad que nos encontramos ante la obra más completa y actual en el estudio de los nuevos paradigmas que la innovación tecnológica y la cuarta revolución industrial están planteando en nuestro marco jurídico laboral. Por supuesto, la calidad de esta obra es un evidente reflejo del selecto y renombrado elenco de profesionales que conforman la misma, cuya inquietud investigadora, rigurosidad y dedicación ha quedado plasmada en esta excelente obra.

En definitiva, la monografía objeto de recensión presenta todos los atributivos necesarios para alzarse en nuestro país como obra de obligada referencia doctrinal en el estudio de esta materia y de toda la amplia problemática que la misma plantea, en aras de lograr garantizar que la generalización del uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación no dé lugar a una pérdida de garantías laborales para los trabajadores, garantizando que los mismos puedan continuar en el futuro prestando sus servicios bajo unas condiciones mínimas de dignidad y seguridad.

"CUESTIONES ACTUALES EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA AL HILO DE LA REFORMA LABORAL DEL RDL 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE" por Francisco Vila Tierno. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, páginas: 180.

RAQUEL CASTRO MEDINA
Investigadora predoctoral. Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0003-0604-6045

En España, las ya históricas deficiencias estructurales del mercado laboral puestas de manifiesto a través de unas tasas de desempleo considerablemente sensibles al ciclo económico han motivado la necesidad de revisar las instituciones que sirven de base a este sistema. A tal fin, merecen un especial reconocimiento tanto la configuración de la protección ante el desempleo como los mecanismos de determinación salarial, y en especial el sistema de negociación colectiva.

Y es que, tales instituciones toman un protagonismo de lo más notorio a la hora de analizar la capacidad de nuestro mercado de trabajo de afrontar los desajustes provocados por las perturbaciones económicas en tiempos de recesión. De hecho, observar la significativa conexión entre ambas figuras nos permitirá obtener una visión práctica y real de la incidencia que, sobre la actividad laboral, estuviera provocando las devastadoras consecuencias socioeconómicas desencadenadas por cualquier crisis. En efecto, podría tratarse incluso de una cuestión de acción-reacción; si, en un momento dado nos enfrentamos a un desmesurado ajuste de las nóminas, ya sea motivado por la dificultad o, simplemente, por la incapacidad de hacer frente a coyunturas hostiles, sería lógico pensar que tal circunstancia repercutirá en los sistemas de protección. De cualquier forma y sin entrar en mayor detalle huelga señalar, por tanto, la indudable conveniencia de examinar y reexaminar el diseño de las nombradas figuras en estos tiempos, y en los que nos precederán, con el ambicioso propósito de ofrecer un medio adecuado, más eficiente, a la hora de enfrentar la crisis actual y las venideras.

Sobre este particular, Francisco Vila Tierno, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga, a lo largo de los capítulos que conforman esta monografía objeto de recensión titulada "Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva al hilo de la Reforma Laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre" aborda, con excelente claridad expositiva, aspectos de gran interés como son la legitimación negocial, la ultraactividad y la concurrencia, sin los cuales, aventurarse al estudio de la negociación colectiva, empresa en sí compleja, no sería posible. Adicionalmente, es preciso elogiar el desempeño de una obra que le ofrece al lector un análisis de la materia más allá de una exposición teórica o estrictamente doctrinal proporcionándole "un estudio absolutamente vinculado a la realidad fáctica sobre la que vienen resolviendo nuestros Tribunales", tal y como nos adelanta el autor en las primeras líneas de la introducción.

Por su parte, en cuanto a la estructura a la que se acoge esta novedosa obra que tengo el placer de reseñar, podemos diferenciar dos grandes bloques subdivididos en dos capítulos cada uno. El primero de ellos bajo la rúbrica "Flexibilidad laboral y negociación colectiva en la última década" alberga un enfoque más doctrinal destinado a una necesaria e interesante revisión de la evolución normativa en torno al enfoque de la flexibilidad. Entre otras cuestiones, el autor reconoce la importancia de partir sobre esta reflexión previa de los cambios normativos para dar cabida a un análisis detallado sobre las diferentes posiciones del referido parámetro hasta llegar a la redacción contemporánea del Título III ET. Seguidamente, el segundo bloque que lleva por título "Negociación Colectiva. Cuestiones de actualidad, un estudio jurisprudencial a la luz de las reformas legislativas" nos ofrece una visión más práctica sacando a colación cuestiones altamente significativas como son las relacionadas con la legitimación negocial o la determinación del convenio colectivo aplicable señaladas anteriormente y a partir de los cuales construye una panorámica sobre los sujetos negociadores.

A este respecto, hay que tener presente que, en el momento en el que esta publicación ve luz, ya el curso de los debates sobre la modificación legislativa en materia laboral habían culminado con la entrada en vigor del 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. Acontecimiento el cual permite señalar a la presente monografía como un referente de obligada consulta en lo que a las actualizaciones sobre materia de negociación colectiva y flexibilidad interna corresponde.

Todo ello precedido por un excelente prólogo de la mano de Antonio V. Sempere Navarro del cual me voy a permitir citar las siguientes palabras con la más sincera intención de sumarme a las felicitaciones que en ellas profesa: "El Catedrático de la Universidad de Málaga, avezado estudioso de la materia, nos regla ahora una obra modélica, en el sentido de que combina la extensión (adecuada, medida) con la profundidad (rigurosa, documentada), la relevancia temática (cuestiones debatidas y de aplicación frecuente) y la máxima actualidad (revisando todos los temas a la luz de las reformas últimas)".

Sin más, recomendar encarecidamente la lectura atenta y profunda de la admirable y minuciosa tarea investigadora que comenzó en el XII Congreso Social Madrid 2021 sobre "Relaciones laborales y de protección social ante la post-pandemia", organizado por Thomson Reuters Aranzadi y que ha dado como resultado la que es una obra clara, concisa y útil de consulta muy recomendable para todo aquel interesado en el amplio campo que enmarca una cuestión tan fundamental para el Derecho del Trabajo como es la negociación colectiva.

Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo

Laborum

Crónica Administrativa Laboral[1]

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada.
Director de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Subdirector de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita sugerida: MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Crónica Administrativa Laboral". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 2 (2022)*: 227-241.

A) EMPLEO

Órgano:

Subdirección General de Ordenación Normativa. Dirección General de Trabajo. Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social. Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Materia:

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL COMPROMISO DE SALVAGUARDA DE EMPLEO

Fecha:

5-5-2021

Destinatario:

Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social

1. Se ha recibido en esta Dirección General de Trabajo consulta relativa al ámbito de aplicación de la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo[2]. La consulta indica textualmente lo siguiente:

[1] Todas las disposiciones, criterios, respuestas a consultas de organismos de la Administración, etcétera, que se incluyen en esta sección, se reproducen literalmente y están accesibles en el portal de transparencia del Gobierno. Selección, notas y concordancias a cargo de José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta.

[2] Dicha disposición fue modificada por la disposición final 1.3 del RD-ley 18/2020, de 12 de mayo. Para su aplicación debe tenerse en cuenta la disposición adicional 14 del RD-ley 11/2020, de 31 de marzo.
La Disposición Adicional Sexta del RD-Ley 8/2020, dice así:
"Disposición adicional sexta. Salvaguarda del empleo.
1. Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 22 del presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiendo por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.
2. Este compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes.
No se considerará incumplido dicho compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.
(...)

"Por parte de este Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social se plantea consulta sobre la interpretación que debe darse a la disposición adicional sexta 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. De acuerdo con dicha disposición, "las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad". Conviene recordar, asimismo, que esas "medidas extraordinarias" se centran especialmente en la exoneración de cotizaciones empresariales durante los períodos de suspensión de contratos de trabajo por fuerza mayor derivada de la pandemia (artículo 24 del RDL 8/2020, de 17 de marzo).

En contestación a consultas anteriores de este Organismo Estatal, resultó claro el criterio de esa Dirección General de Trabajo, en el sentido de que el incumplimiento del compromiso empresarial, derivado de la extinción de contratos de trabajo por razones vinculadas a la COVID-19, no podía limitar sus consecuencias a la devolución de las exenciones de cuotas correspondientes al trabajador o trabajadores cuyos contratos se extinguen. Según dicho criterio, expresado en informe de 10/11/2020 (DGT-SGON-1147CRA), el compromiso empresarial de mantenimiento del empleo (y las consecuencias de su incumplimiento) tiene un alcance más amplio que el del trabajador o trabajadores afectados, por la voluntad del legislador de vincular los beneficios en la cotización a un objetivo de mantenimiento del empleo en la empresa que se beneficia de los mismos.

No obstante, la mencionada consulta no planteó de forma específica la cuestión del ámbito al que la obligación de mantenimiento del empleo debe entenderse referida, con lo que se entiende que la misma no ha sido resuelta.

Partiendo de lo anterior, se plantea ahora consulta sobre cuál deba ser ese alcance. En concreto, se plantea si el compromiso de mantenimiento del empleo ha de entenderse vinculado al expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) presentado por la empresa, al centro o centros de trabajo afectados por el incumplimiento o a la empresa en su conjunto.

Las dudas surgen especialmente por la evolución que ha experimentado la regulación de los ERTE y el contexto en el que se inserta esa regulación. En el momento de la publicación del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, las medidas establecidas para la contención de la pandemia eran de aplicación en todo el territorio del Estado. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, las limitaciones, restricciones o impedimentos a la realización de determinadas actividades han devenido territoriales y asimétricas, y también la regulación correspondiente a los ERTE ha ido

---

3. Este compromiso del mantenimiento del empleo se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo.

4. No resultará de aplicación el compromiso de mantenimiento del empleo en aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

5. Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar.".

También es de tener en cuenta que el compromiso de mantenimiento del empleo regulado en dicha disposición se extenderá, en los términos previstos en la misma, a las empresas y entidades que apliquen un expediente de regulación temporal de empleo basado en la causa del artículo 23 del presente Real Decreto-ley y se beneficien de las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 4 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, en la forma que establece su art. 6. Y que tales compromisos de mantenimiento del empleo se mantendrán vigentes en los términos previstos en el art. 5 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre.; y 3.4 del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero.

adaptándose progresivamente para dar respuesta a la evolución de la pandemia. Así, en la regulación actual se da la circunstancia de que una empresa puede tener varios ERTE en proceso, de diferente tipo (fuerza mayor total, fuerza mayor parcial, ERTE de impedimento, de limitación, etc.), y ello dependerá de múltiples circunstancias: de la actividad

o actividades desarrolladas por la empresa, de la evolución de la pandemia en cada territorio y de las decisiones adoptadas por las autoridades territoriales para hacer frente a la crisis sanitaria.

En estas circunstancias, el inicio del cómputo del plazo de seis meses al que se refiere la disposición adicional sexta puede ser diferente en cada centro de trabajo, bien por estar afectados por varios expedientes, bien porque unos centros hayan reanudado la actividad y otros no. También puede ser diferente el inicio del cómputo de seis meses en cada ERTE realizado por la empresa.

Teniendo en cuenta lo anterior, se plantea a ese Centro Directivo el ámbito al que debe entenderse referido el compromiso empresarial, así como el ámbito que tendría la devolución de las cotizaciones exoneradas en caso de incumplimiento de dicho compromiso.".

2. En primer lugar hay que subrayar que la Dirección General de Trabajo tiene entre sus funciones la elaboración de informes y consultas relativas a la interpretación y aplicación en de las disposiciones jurídicas de su competencia, conforme a lo previsto en el artículo 3.1.o) del Real Decreto 499/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Economía Social, y se modifica el Real Decreto 1052/2015, de 20 de noviembre, por el que se establece la estructura de las Consejerías de Empleo y Seguridad Social en el exterior y se regula su organización, funciones y provisión de puestos de trabajo, pero esta función se ejerce en términos generales y no en relación con un supuesto de hecho determinado, cuyas circunstancias concretas y particulares pudieran determinar una solución diferente.

3. Para resolver la cuestión concreta que suscita esta consulta, la relativa al ámbito al que debe entenderse referida la "totalidad" de cuotas a devolver en caso de incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo en empresas con varios centros de trabajo en las circunstancias descritas, debemos acudir a la norma.

Concretamente, es necesario atender a la redacción íntegra de la Disposición Adicional Sexta, puesto que la respuesta a este interrogante no se encuentra en el apartado 5 de la citada disposición, sino en una lectura sistemática de este con el apartado 1.

Es más, resulta de especial trascendencia atender a los antecedentes administrativos existentes, y, a través de estos, al espíritu y finalidad de la norma que le dio su redacción actual a la Disposición Adicional Sexta.

4. En este sentido, la problemática del ámbito de aplicación de las medidas extraordinarias en materia de cotización ya ha sido tratada por esta Dirección General de Trabajo anteriormente. Así, en fecha 4 de junio de 2020, la Tesorería General de la Seguridad Social consultó a esta Dirección General diversos aspectos relacionados con la aplicación del artículo 1 del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo.

El apartado 4º del informe de contestación a dicha consulta incluye la respuesta a la cuestión que en esta se plantea:

"4º) En una empresa con centros de trabajo en distintas provincias ¿podría permanecer en situación de fuerza mayor total respecto de los centros de trabajo ubicados en una provincia y podría iniciar una situación de fuerza mayor parcial en los centros de trabajo en otras provincias?

¿Pueden existir empresas que inicien la situación de fuerza mayor parcial en distintas fechas respecto de distintos centros de trabajo?

En relación a las dos cuestiones anteriores, teniendo en cuenta que la Tesorería General de la Seguridad Social no tiene entre sus competencias el registro de los centros de trabajo y la referencia existente en el artículo 4.3 del RDL 18/2020 a los códigos de cuenta de cotización, se somete a la consideración de esa Dirección General la necesidad de que las declaraciones responsables sobre el inicio de la situación de fuerza mayor parcial se realicen respecto de cada centro de trabajo.

En relación a esta cuestión hay que tener en cuenta que esto supondría la necesidad de asignación de códigos de cuenta de cotización a todos los centros de trabajo afectados, lo que implicaría un mayor coste administrativo para la empresa y una mayor complejidad en la gestión de esta Tesorería General, introduciendo un elemento de complejidad en el control de la cotización. Además, en el presente mes de junio dificultaría la aplicación de las exenciones correspondientes al mes de mayo.

Además de lo indicado con anterioridad, hay que tener en cuenta que la redistribución de los trabajadores en los códigos de cuenta de cotización se tendría que realizar por los empresarios sin control posible por parte de esta Tesorería General y, por lo tanto, teniendo en cuenta que tales cambios estarían orientados en exclusiva a la aplicación de las exenciones tendría que solicitarse la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para su control.

Salvo mejor criterio de esa Dirección General se considera que el código de cuenta de cotización al que se refiere el apartado 3 del artículo 4 del RDL 18/2020, cuya asignación hace referencia siempre a un ámbito provincial, podría ser la solución más ajustada respecto de esta cuestión. No obstante, habría que anudar esta solución a la posibilidad excepcional de asignación de nuevos códigos de cuenta de cotización a aquellas empresas que así lo soliciten respecto de centros de trabajo concretos por la realización de determinadas actividades cuyo reinicio se pueda producir de forma fraccionada en el ámbito de la empresa. Estas peticiones de asignación excepcional de códigos de cuenta de cotización, a efecto de comunicar el inicio de la situación de fuerza mayor parcial respecto de determinados centros de trabajo, precisarían la aportación de la correspondiente declaración responsable y la advertencia de una posible actuación posterior de la Inspección de Trabajo.

Se solicita, no obstante, la consideración de esa Dirección General al respecto, la cual será aplicada por esta Tesorería General de la Seguridad Social.

A las preguntas planteadas en este ordinal procede dar una respuesta conjunta.

a) El artículo 1 del Real Decreto-ley es una norma laboral que atiende de manera exclusiva a conceptos de tal carácter, sin perjuicio de que pueda tener los efectos que se digan en normas de otros ordenamientos, como ocurre en no pocos supuestos. Tal es el caso de la prestación o subsidio por nacimiento y cuidados de hijos e hijas, en donde el principio de corresponsabilidad, concepto laboral que requiere un reparto flexible de su disfrute, tiene innegables efectos en la gestión del subsidio ante la Seguridad Social.

Por tanto, y sin perjuicio de las necesidades prácticas y reales de la TGSS, va a contestarse la pregunta en términos laborales, según resulta del supuesto objetivo descrito en el artículo 1 y de conformidad con los objetivos expresados: protección de los puestos de trabajo, reactivación de la actividad de las empresas y recuperación de las rentas salariales.

b) Tal y como se ha expuesto, la fuerza mayor parcial no actúa de forma automática en aquellas actividades económicas que puedan reiniciarse de acuerdo con las Órdenes Ministeriales referentes al proceso de desescalada, dado que es necesario que las causas del art. 22 Real Decreto-

ley 8/2020[3], conforme a las cuales la empresa adoptó las medidas de suspensión o reducción de jornada, permitan el inicio de la actividad y las personas trabajadoras afectadas por las medidas de regulación de empleo se reincorporen entendiéndose en otro caso en fuerza mayor total, tal y como se establece en el artículo 1.1. del Real Decreto-ley.

No obstante, la evolución de las causas iniciales y el momento en que las mismas permiten la recuperación parcial de la actividad, junto con la reincorporación de las personas trabajadoras, constituyen los elementos que integran dicho concepto.

De manera que una empresa afectada por un ERTE -sin que varíen las circunstancias o fundamento del mismo, y que, por tanto, no requiere nueva autorización ni comunicación alguna a la autoridad laboral podrá encontrarse en momentos distintos en relación con el inicio de la fuerza mayor parcial, según sea la mayor o menor afectación o intensidad de la causa en base a los ámbitos territoriales diferenciados, que son decididos en cada momento por las autoridades competentes.

En suma, una misma empresa con un mismo ERTE pueda estar a la vez en FM parcial respecto de los centros de trabajo donde haya podido reiniciar su actividad y haya reincorporado a trabajadores, pero manteniendo los otros centros de trabajo en FM total.

c) Respecto a si se debe definir la fuerza mayor como total o parcial por CCC o de acuerdo con otros parámetros, la letra del artículo 4 del Real Decreto-ley 18/2020 habla expresamente del CCC cuando se a la declaración responsable a presentar por las empresas, lo cual no puede ser obviado, y, por ende, debe constituir la regla general.

Sin embargo, tampoco es dado ignorar la situación de recuperación desigual de la actividad empresarial que ha derivado, entre otras circunstancias, de las distintas fases de la desescalada.

En estas circunstancias, y sobre la base de estos hechos objetivos, tal y como se ha expuesto, podría entenderse producida, a efectos laborales, una fuerza mayor parcial en unos centros de la misma empresa, mientras se mantiene la fuerza mayor total en otros.

En cuanto conceptos pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos y que responden a figuras conceptuales claramente diferenciadas, la una sustantiva la otra instrumental, en el CCC puede no coincidir con el ámbito empresarial, o con los distintos ámbitos de afectación que se traducen en la fuerza mayor parcial o en el mantenimiento de la total.

En este sentido, invocando de nuevo el espíritu y finalidad de la norma, podría razonablemente traducirse en una diferenciación a efectos de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto-ley 18/2020[4].

---

[3] Véase el art. 1 RD-ley 18/2021, de 28 septiembre, en cuanto a la autorización de prórroga de los expedientes de regulación temporal de empleo vigentes a fecha de 30 de septiembre de 2021, basados en el presente artículo, prorrogados por el art. 1 del Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo

[4] El art. 4 fue modificado por la disposición final 13.2 y 3 del RD-ley 19/2020, de 26 de mayo. Su redacción actual es la siguiente:

"Artículo 4. Medidas extraordinarias en materia de cotización vinculadas a las medidas reguladas en el artículo 1.

1. La Tesorería General de la Seguridad Social exonerará, respecto a las cotizaciones devengadas en los meses de mayo y junio de 2020, a las empresas y entidades a las que se refiere el apartado 1 del artículo 1 del abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, siempre que, a 29 de febrero de 2020, tuvieran menos de cincuenta trabajadores, o asimilados a los mismos, en situación de alta en la Seguridad Social. Si las citadas empresas y entidades tuvieran cincuenta trabajadores, o asimilados a los mismos, o más, en situación de alta en la Seguridad Social, la exoneración de la obligación de cotizar alcanzará al 75 % de la aportación empresarial.

2. Las empresas y entidades a las que se refiere el apartado 2 del artículo 1 quedarán exoneradas del abono de la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, en los porcentajes y condiciones que se indican a continuación:

(...)

Tal y como se deduce del criterio expuesto, en la práctica puede suceder que, en el seno de una misma empresa, el inicio del cómputo del periodo de 6 meses se haya iniciado en fecha distinta en cada uno de sus centros de trabajo, por diversas circunstancias, que en la mayoría de las ocasiones derivará de la salida de la fuerza mayor total en momentos diversos en cada uno o en varios de dichos establecimientos.

Carecería de sentido, jurídico y lógico, que este centro directivo entendiese que las empresas pueden aplicar las medidas extraordinarias en materia de cotización por centro de trabajo, pero negase la aplicación de dicho ámbito cuando la entidad beneficiaria ha de "devolver" las cuotas por la transgresión del único requisito de fondo *ex post* que exige la norma para su mantenimiento.

En consecuencia, a la pregunta concreta planteada, se entiende que aquellas empresas se verán obligadas a la devolución de la totalidad de las cuotas exoneradas correspondientes al ámbito del centro de trabajo afectado por el despido de la persona o personas trabajadoras respecto de las cuales se entiende incumplido el compromiso recogido en la Disposición Adicional Sexta.

5. Es cuanto se informa sobre la cuestión planteada, debiendo entenderse el criterio expuesto con un mero carácter informativo, que no vinculante, como corresponde a las competencias

---

a) Respecto de las personas trabajadoras que reinicien su actividad a partir de la fecha de efectos de la renuncia y de los periodos y porcentajes de jornada trabajados desde ese reinicio, la exención alcanzará el 85 % de la aportación empresarial devengada en mayo de 2020 y el 70 % de la aportación empresarial devengada en junio de 2020, cuando la empresa hubiera tenido menos de cincuenta trabajadores o asimilados a los mismos en situación de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020. Si en esa fecha la empresa hubiera tenido cincuenta o más trabajadores o asimilados a los mismos en situación de alta, la exención alcanzará el 60 % de la aportación empresarial devengada en mayo de 2020 y el 45 % de la aportación empresarial devengada en junio de 2020.

b) Respecto de las personas trabajadoras de estas empresas que continúen con sus actividades suspendidas a partir de la fecha de efectos de la renuncia y de los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión, la exención alcanzará el 60 % de la aportación empresarial devengada en mayo de 2020 y el 45 % de la aportación empresarial devengada en junio de 2020, cuando la empresa hubiera tenido menos de cincuenta trabajadores o asimilados a los mismos en situación de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020. Si en esa fecha la empresa hubiera tenido cincuenta o más trabajadores, o asimilados a los mismos, en situación de alta, la exención alcanzará el 45 % de la aportación empresarial devengada en mayo de 2020 y el 30 % de la aportación empresarial devengada en junio de 2020. En este caso, la exoneración se aplicará al abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta.

3. Las exenciones en la cotización se aplicarán por la Tesorería General de la Seguridad Social a instancia de la empresa, previa comunicación sobre la situación de fuerza mayor total o parcial, así como de la identificación de las personas trabajadoras afectadas y periodo de la suspensión o reducción de jornada.

Para que la exoneración resulte de aplicación esta comunicación se realizará, por cada código de cuenta de cotización, mediante una declaración responsable que deberá presentarse, antes de que se solicite el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente, a través del Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (Sistema RED), regulado en la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo.

4. A los efectos del control de estas exoneraciones de cuotas, será suficiente la verificación de que el Servicio Público de Empleo Estatal, o en su caso, el Instituto Social de la Marina, proceda al reconocimiento de la correspondiente prestación por desempleo por el periodo de que se trate.

La Tesorería General de la Seguridad Social podrá establecer los sistemas de comunicación necesarios con el Servicio Público de Empleo Estatal para el contraste con sus bases de datos del contenido de las declaraciones responsables y de los periodos de disfrute de las prestaciones por desempleo.

5. Las exenciones en la cotización a que se refiere este artículo no tendrán efectos para las personas trabajadoras, manteniéndose la consideración del período en que se apliquen como efectivamente cotizado a todos los efectos, sin que resulte de aplicación lo establecido en el apartado 1 del artículo 20 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

6. Las exoneraciones reguladas en este artículo serán a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social en el caso de la aportación empresarial por contingencias comunes, de las mutuas colaboradoras en el caso de la aportación empresarial por contingencias profesionales, del Servicio Público de Empleo Estatal en el caso de la aportación empresarial para desempleo y por formación profesionales y del Fondo de Garantía Salarial en el caso de las aportaciones que financian sus prestaciones.".

interpretativas de este Centro Directivo, por cuanto la competencia para realizar interpretaciones legales con carácter vinculante se atribuye en exclusiva por nuestro Derecho a los órganos jurisdiccionales.

La Directora General

B) SEGURIDAD SOCIAL

Órgano:

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA. INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Criterio de gestión:

8/2022

Fecha:

8 de febrero de 2022

Materia:

Requisito de haber demorado al menos un año el acceso a la pensión de jubilación desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, para compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta ajena o propia. Modificación del artículo 214 del TRLGSS introducida por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. Pensionistas de jubilación con hechos causantes producidos antes de 1 de enero de 2022.

Asunto:

La LPAP ha modificado, entre otros, el apartado 1 del artículo 214 del TRLGSS, introduciendo el requisito de que el acceso a la pensión de jubilación se haya producido una vez transcurrido, al menos, un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

«Artículo 214. Pensión de jubilación y envejecimiento activo.

1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 213, el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, en los siguientes términos:

a) El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar al menos un año después de haber cumplido la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 205.1.a), sin que, a tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado. (...)».

La aplicación literal de esta nueva redacción del artículo 214.1.a) conllevaría que, a partir del 1 de enero de 2022, aquellos beneficiarios de una pensión de jubilación causada con anterioridad a dicha fecha, que en su día no hubiesen accedido a la pensión una vez transcurrido un año es desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, no pudiesen acceder a la compatibilidad prevista en el artículo 214 del TRLGSS, pese a reunir el resto de los requisitos establecidos y pese a que esa nueva exigencia introducida por la LPAP no estuviese prevista con anterioridad al 1 de enero de 2022, cuando accedieron a la pensión de jubilación.

La anterior interpretación no se compadece con la voluntad del legislador que, en ningún caso, ha sido la de impedir la compatibilidad trabajo-pensión a aquellos pensionistas que cumplieron todos los requisitos exigidos para llevarla a cabo al amparo del artículo 214 del TRLGSS en su redacción anterior a la LPAP y que verían frustrada una expectativa de derecho por no poder acreditar nunca ya el nuevo requisito que se introduce. Cabe tener en cuenta que la reforma llevada a cabo por la LPAP se encamina al logro de los objetivos marcados en la recomendación 12 del Pacto de Toledo y que la modificación del artículo 214.1.a) del TRLGSS, lejos de favorecer la

compatibilidad de la pensión de jubilación con los ingresos provenientes de una actividad profesional, iría en detrimento de la misma de no aplicarse exclusivamente a las pensiones de jubilación que se causen a partir de 1 de enero de 2022.

Asimismo, debe partirse de que la reforma del artículo 214 del TRLGSS introducida por la LPAP se ha llevado a cabo en coherencia con la modificación operada en el complemento económico por demora y, en este sentido, el reciente criterio 7/2022 concluye que los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022 que perciben el complemento por demora conforme a las características y condiciones establecidas en el artículo 210.2 en su redacción anterior a la LPAP -redacción que no contemplaba la incompatibilidad del percibo de dicho complemento con el acceso al envejecimiento activo previsto en el artículo 214 del TRLGSS-, podrán compatibilizar su percibo con el acceso al envejecimiento activo previsto en el artículo 214 del TRLGSS.

Teniendo en cuenta lo anterior y, ante la ausencia de una disposición transitoria que hubiera salvaguardado el derecho al acceso al envejecimiento activo de los pensionistas a los que nos referimos, esta entidad gestora elevó consulta a la Dirección General de la Seguridad Social sobre el alcance del nuevo requisito introducido por la LPAP en el artículo 214 del TRLGSS en el caso de dichos pensionistas de jubilación con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022.

Ese Centro Directivo comparte la postura de esta Entidad gestora en cuanto que una interpretación coherente con la voluntad del legislador lleva a considerar que el requisito establecido en el apartado a) del artículo 214.1 del TRLGSS será de aplicación exclusivamente a pensiones de jubilación causadas a partir de 1 de enero de 2022, pero no a las causadas con anterioridad a dicha fecha.

Órgano:

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA. INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Criterio de gestión:

7/2022

Fecha:

2 de febrero de 2022

Materia:

Compatibilidad del complemento por demora con el acceso al envejecimiento activo en supuestos de pensiones de jubilación con hechos causantes producidos antes de 1 de enero de 2022 que viniesen percibiendo el complemento por demora previsto en el artículo 210.2 en su redacción anterior a la introducida por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

Asunto:

Alcance de la incompatibilidad del complemento por demora con el acceso al envejecimiento activo introducida por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (LPAP), en el apartado 2 del artículo 210 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en relación con el artículo 214 del mismo texto legal. Pensionistas de jubilación con hechos causantes producidos antes de 1 de enero de 2022 que con anterioridad a esta fecha viniesen

percibiendo el complemento por demora previsto en el artículo 210.2 en su redacción anterior a la introducida por la LPAP[5].

Criterio adoptado:

La LPAP ha modificado, entre otros, el apartado 2 del artículo 210 del TRLGSS, de tal manera que sustituye el incentivo único establecido hasta ahora en dicho precepto por la posibilidad de que el interesado pueda optar entre: la obtención de un porcentaje adicional del 4% por cada año completo cotizado desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación –porcentaje adicional que se sumará al que corresponda de acuerdo con el número de años cotizados y se aplicará a la respectiva base reguladora, a efectos de determinar la cuantía de la pensión- ; una cantidad a tanto alzado por cada año completo de trabajo efectivo acreditado y cotizado entre la fecha de cumplimiento de la edad de jubilación y la del hecho causante de la pensión; o una combinación de las dos opciones anteriores.

[5] La redacción anterior tenía el siguiente contenido:
"Artículo 210. Cuantía de la pensión.
1. La cuantía de la pensión de jubilación se determinará aplicando a la base reguladora, calculada conforme a lo dispuesto en el artículo precedente, los porcentajes siguientes:
a) Por los primeros quince años cotizados, el 50 por ciento.
b) A partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendido entre los meses uno y doscientos cuarenta y ocho, se añadirá el 0,19 por ciento, y por cada uno de los que rebasen el mes doscientos cuarenta y ocho, se añadirá el 0,18 por ciento, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 por cien, salvo en el supuesto a que se refiere el apartado siguiente.
A la cuantía así determinada le será de aplicación el factor de sostenibilidad que corresponda en cada momento, según lo establecido en el artículo siguiente.
2. Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la que resulte de aplicar en cada caso lo establecido en el artículo 205.1.a), siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 205.1.b), se reconocerá al interesado un porcentaje adicional por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía estará en función de los años de cotización acreditados en la primera de las fechas indicadas, según la siguiente escala:
a) Hasta veinticinco años cotizados, el 2 por ciento.
b) Entre veinticinco y treinta y siete años cotizados, el 2,75 por ciento.
c) A partir de treinta y siete años cotizados, el 4 por ciento.
El porcentaje adicional obtenido según lo establecido en el párrafo anterior se sumará al que con carácter general corresponda al interesado de acuerdo con el apartado 1, aplicándose el porcentaje resultante a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión, que no podrá ser superior en ningún caso al límite establecido en el artículo 57.
En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida alcance el indicado límite sin aplicar el porcentaje adicional o aplicándolo solo parcialmente, el interesado tendrá derecho, además, a percibir anualmente una cantidad cuyo importe se obtendrá aplicando al importe de dicho límite vigente en cada momento el porcentaje adicional no utilizado para determinar la cuantía de la pensión, redondeado a la unidad más próxima por exceso. La citada cantidad se devengará por meses vencidos y se abonará en catorce pagas, sin que la suma de su importe y el de la pensión o pensiones que tuviera reconocidas el interesado, en cómputo anual, pueda superar la cuantía del tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento, también en cómputo anual.
El beneficio establecido en este apartado no será de aplicación en los supuestos de jubilación parcial, ni en el de jubilación flexible a que se refiere el párrafo segundo del artículo 213.1.
3. Cuando para determinar la cuantía de una pensión de jubilación hubieran de aplicarse coeficientes reductores por edad en el momento del hecho causante, aquellos se aplicarán sobre el importe de la pensión resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponda por meses de cotización. Una vez aplicados los referidos coeficientes reductores, el importe resultante de la pensión no podrá ser superior a la cuantía que resulte de reducir el tope máximo de pensión en un 0,50 por ciento por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación.
4. El coeficiente del 0,50 por ciento a que se refiere el apartado anterior no será de aplicación en los casos de jubilaciones anticipadas conforme a las previsiones del artículo 206, en relación con los grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre, o con las personas con discapacidad.".

Además, el apartado 2 del artículo 210 del TRLGSS establece que la percepción de este nuevo complemento es incompatible con el acceso al envejecimiento activo regulado en el artículo 214 del TRLGSS[6].

Sin embargo, esta incompatibilidad entre el complemento por demora y el acceso al envejecimiento activo no estaba prevista con anterioridad al 1 de enero de 2022, por lo que se plantea si dicha incompatibilidad debe aplicarse también a los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022 (fecha de entrada en vigor de la LPAP).

El último párrafo del apartado a) del criterio de gestión 2/2022 de esta entidad gestora, aplicando la literalidad de la LPAP y ante la ausencia de una disposición transitoria que hubiera salvaguardado el derecho al acceso al envejecimiento activo de los pensionistas con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022, se concluyó que *"Toda vez que desde el 1 de enero de 2022, fecha de entrada en vigor de la LGPAP, el complemento por demora es incompatible con el acceso al envejecimiento activo, es decir con el percibo del 50% o del 100%, en su caso, de la pensión inicialmente reconocida por compatibilizar dicha pensión con una actividad laboral por cuenta propia o por cuenta ajena, al amparo del artículo 214 del TRLGSS, en el caso de que el acceso a la jubilación activa se produzca a partir del 1 de enero de 2022, el complemento por demora, independientemente del momento en que se haya reconocido (antes o después de 1 de enero de 2022) quedará en suspenso mientras dure la actividad laboral compatible con la pensión."*.

[6] La versión actual de este artículo tras la reforma introducida por el art. 1.9 Ley 21/2021, de 28 de diciembre, dice así:
Artículo 214. Pensión de jubilación y envejecimiento activo.
1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 213, el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, en los siguientes términos:
a) El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar al menos un año después de haber cumplido la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 205.1.a), sin que, a tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.
b) El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 por ciento.
c) El trabajo compatible podrá realizarse por cuenta ajena, a tiempo completo o a tiempo parcial, o por cuenta propia.
2. La cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista.
No obstante, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento.
La pensión se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social. No obstante, en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por ciento, excepto en el supuesto de realización de trabajos por cuenta propia en los términos señalados en el párrafo anterior.
3. El pensionista no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con el trabajo.
4. El beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos.
5. Finalizada la relación laboral por cuenta ajena, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación. Igual restablecimiento se producirá en el caso de cese en la actividad por cuenta propia cuando no se dieran las circunstancias señaladas en el párrafo segundo del apartado 2.
6. La regulación contenida en este artículo se entenderá aplicable sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente.
Las previsiones de este artículo no serán aplicables en los supuestos de desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que será incompatible con la percepción de la pensión de jubilación.".

Sin embargo, por parte de esta Entidad gestora se elevó consulta a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) planteando otra interpretación más favorable a los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022, a los que es de aplicación el complemento por demora previsto en el artículo 210.2 del TRLGSS en la redacción anterior a la LPAP. Esta otra interpretación permitiría compatibilizar el percibo de dicho complemento con el acceso al envejecimiento activo previsto en el artículo 214 del TRLGSS.

En la citada consulta, esta entidad gestora exponía que el régimen jurídico de la pensión de jubilación es el vigente en el momento del hecho causante, salvo que se hubiera establecido expresamente la aplicación de otro distinto, por lo que a las pensiones causadas con anterioridad a 1 de enero de 2022 les es de aplicación el régimen jurídico de la pensión vigente con anterioridad a la LPAP. Y, por otra parte, el régimen jurídico de la compatibilidad entre el trabajo y el percibo de la pensión de jubilación no viene determinado por el hecho causante de la misma, si no por el vigente en el momento en el que el pensionista inicia dicha compatibilidad.

Sentado lo que antecede, en el supuesto de hecho que nos ocupa cabe tener en cuenta que la incompatibilidad entre el complemento por demora y el acceso al envejecimiento activo no se incardina en el régimen jurídico del envejecimiento activo regulado en el artículo 214 del TRGSS, sino en el artículo 210 del mismo texto legal, destinado a regular aspectos de ese régimen jurídico, como son la cuantía y el propio complemento por demora. Así, a los pensionistas con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022 a los que se les reconoció el complemento por demora con anterioridad a la LPAP, se les reconoció conforme a las características y condiciones establecidas en el artículo 210.2 del TRLGSS, sin que se contemplase entonces su incompatibilidad con el acceso al envejecimiento activo.

La DGOSS comparte los razonamientos anteriores. Asimismo, considera que, de imponerse a los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022 una limitación que el artículo 210.2 en su redacción anterior a la LPAP no impone, se estaría dotando al artículo 210.2 en su nueva redacción de un efecto retroactivo que no aparece expresamente en su contexto y que vulneraría el principio general de irretroactividad recogido en el artículo 2.3 del Código Civil.

En consecuencia, se considera necesario modificar el criterio de gestión 2/2022 y afirmar que los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior al 1 de enero de 2022, a los que es de aplicación el complemento por demora previsto en el artículo 210.2 en su redacción anterior a la introducida por la LPAP, podrán compatibilizar su percibo con el acceso al envejecimiento activo previsto en el artículo 214 del TRLGSS[7].

[7] El criterio 2/2022 de 10 de enero decía lo siguiente: "En relación con las disposiciones señaladas, se indica lo siguiente:

"1. *Respecto de la modificación introducida en el apartado 1.a) del artículo 214 del TRLGSS, atendiendo al literal de la norma,* ***el acceso a la pensión de jubilación****,* ***es decir, el hecho causante de la misma****, ha de haberse producido transcurrido al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación para poder acceder a la compatibilidad trabajo-pensión (jubilación activa) regulada en este artículo, y ello independientemente de que en ese año se haya permanecido en situación de activo o no, es decir, el requisito hace referencia al mero transcurso del tiempo, un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria. Por ejemplo, si la edad ordinaria son 65 años, para poder acceder a la jubilación activa, reuniéndose el resto de requisitos, el acceso a la pensión de jubilación ha de haberse producido a los 66, sin ningún otro condicionante.*

2. *En relación con la incompatibilidad establecida en el penúltimo párrafo del aparatado 2 del artículo 210 del TRLGSS, de los beneficios por demora en el acceso a la pensión de jubilación regulados en dicho apartado 2 con el acceso a la jubilación activa regulada en el artículo 214, se actuará según los diferentes supuestos que pueden plantearse:*

a) *Si se hubiese optado por el complemento conforme al apartado 2.a) del artículo 210 -porcentaje adicional del 4% por cada año completo cotizado desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación-, se reconocerá la pensión más el porcentaje correspondiente al complemento por demora, si bien dicho complemento se suspenderá en tanto se compatibilice la pensión con el trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 214 del TRLGSS.*

(...)

Por último, conviene precisar que las suspensiones en el percibo del complemento por demora ocasionadas por la incompatibilidad con el acceso al envejecimiento activo establecida en el último párrafo del apartado a) del criterio de gestión 2/2022 deberán ser objeto de revisión en beneficio del interesado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al objeto de reponer el abono del complemento por demora suspendido.

Órgano

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA. INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Criterio de gestión:

6/2022

Fecha:

27 de enero de 2022

Materia:

NYCM. Efectos del no ingreso de cuotas a la Seguridad Social que se han presumido ingresadas.

Asunto:

Efectos de no estar al corriente el pago de las cuotas a la Seguridad Social correspondientes al mes del hecho causante de la prestación por nacimiento y cuidado de menor (NYCM), o a los dos meses previos a aquel, y que se han presumido ingresadas.

Criterio adoptado:

Se ha consultado si procede extinguir la prestación por NYCM reconocida bajo la presunción establecida en el artículo 3.8, párrafo tercero, del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo (RDMA) en aquellos supuestos en los que las cuotas no han sido ingresadas en el plazo de 10 días que la entidad gestora otorga para que se justifique su abono.

Al respecto se informa de lo siguiente:

El artículo 3.8 del RDMA, establece:

---

*Toda vez que desde el 1 de enero de 2022, fecha de entrada en vigor de la LGPAP, el complemento por demora es incompatible **con el acceso** al envejecimiento activo, es decir con el percibo del 50% o del 100%, en su caso, de la pensión inicialmente reconocida por compatibilizar dicha pensión con una actividad laboral por cuenta propia o por cuenta ajena, al amparo del artículo 214 del TRLGSS, en el caso de que el acceso a la jubilación activa se produzca a partir del 1 de enero de 2022, el complemento por demora, **independientemente del momento en que se haya reconocido (antes o después de 1 de enero de 2022)** quedará en suspenso mientras dure la actividad laboral compatible con la pensión.*

***b)** Si se hubiese optado por el complemento conforme al apartado 2.b) del artículo 210, es decir por una cantidad a tanto alzado, por tratarse de un pago "con proyección a futuro", no será posible el acceso a la jubilación activa, por haberse expresamente declarado incompatible dicho complemento con el acceso al envejecimiento activo regulado en el artículo 214 del TRLGSS.*

***c)** En relación con el apartado 2.c) del artículo 210, queda pendiente de desarrollo reglamentario.*

***3.** Lo previsto en el último párrafo del aparatado 2 del artículo 210 del TRLGSS, según el cual, **los beneficios contemplados en dicho apartado 2 no serán de aplicación, entre otros, en los supuestos de acceso a la jubilación desde una situación asimilada al alta,** ha de interpretarse teniendo en cuenta que la intención de la norma, según se desprende de la exposición de motivos, es la de fomentar la permanencia de los trabajadores en activo, por lo que los periodos de permanencia en situaciones asimiladas a la de alta que no conlleven trabajo efectivo (por ejemplo: convenio especial o prestación por desempleo) no son computables a efectos de demora.*

*Es decir, el beneficio del complemento por demora regulado en el apartado 2 del artículo 210, se aplicará **por cada año completo de trabajo efectivo** transcurrido desde que, reuniendo el resto de requisitos, se cumplió la edad legal u ordinaria de jubilación. En consecuencia, no se ha de interpretar el párrafo analizado en el sentido de que no se pueda reconocer al complemento por demora cuando el acceso a la pensión se produce desde una situación asimilada a la de alta.".*

"8. En el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, según lo establecido en la disposición adicional trigésima novena del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, aunque el subsidio sea reconocido, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena.

A tal fin, será de aplicación el mecanismo de la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos, cualquiera que sea el régimen de la Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado en el momento de acceder al subsidio o en el que se cause éste.

A efectos de reconocer el derecho al subsidio, las cotizaciones correspondientes al mes del hecho causante y los dos meses previos a aquel, cuyo ingreso aún no conste en los sistemas de información de la Seguridad Social, se presumirán ingresadas. En estos supuestos, la entidad gestora efectuará posteriormente las comprobaciones necesarias para verificar el ingreso puntual y efectivo de dichas cotizaciones. De no ser así, se procederá a la suspensión inmediata de la prestación y al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.".

En base a lo anterior, la entidad gestora emite una resolución en la que se informa al interesado de la presunción del ingreso de las cotizaciones y de que con posterioridad se verificará el ingreso puntual y efectivo de las mismas, así como de las consecuencias de la falta del ingreso.

Si realizado el cruce correspondiente con las bases de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social, las mencionadas mensualidades no constan abonadas por el interesado, por parte de este Instituto se procederá a comunicarle la suspensión de la prestación, dándole un plazo de 10 días para que presente los justificantes de pago. Tal plazo de 10 días para aportar los justificantes de pago tiene su fundamentación en el artículo 73 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ya que no se le está invitando al pago, puesto que se ha presumido que las cuotas estaban pagadas en el plazo legalmente establecido.

Si tras efectuar un nuevo cruce persiste el descubierto, se emite una nueva resolución que informa de la deuda contraída, procediendo a la reclamación de las cantidades abonadas en concepto de subsidio hasta esa fecha. Ahora bien, la cuestión se centra en determinar si es admisible el pago del interesado transcurrido el plazo de 10 días que se le concedió en la primera resolución y, de ser así, hasta cuándo se puede admitir dicho pago.

La aplicación literal de la norma conduce a afirmar que, en el supuesto planteado, las cantidades abonadas fuera de plazo son indebidas, por lo que procede su reclamación. Y esto es así porque según esa presunción, el interesado estaba al corriente en el momento del hecho causante, por tanto, si el ingreso de esas cuotas ha tenido lugar con posterioridad a ese plazo de 10 días, la conclusión inequívoca es que no estaba al corriente en el momento del hecho causante y que no procedía el reconocimiento del subsidio.

Ahora bien, no se debe olvidar que de existir alguna otra mensualidad distinta a la del hecho causante y los dos meses previos que no conste abonada en la fecha de la solicitud de la prestación, se habría denegado el derecho al subsidio por no estar el interesado al corriente en el pago de las cuotas debidas y se le habría dado un plazo de 30 días para que se pusiera al corriente, en virtud de lo establecido en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto (mecanismo de invitación al pago). Y, en este caso, de figurar al corriente en dicho plazo se le abonaría el subsidio en su totalidad, en tanto que, de hacerlo fuera de dicho plazo, se le descontaría un 20 por ciento del que le correspondería de haber estado al corriente en el pago de las citadas cuotas (artículo 28.2, 2º párrafo del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto).

De lo anterior se desprende que la aplicación literal del artículo 3.8 del RDMA hace de mejor condición al que debe más de tres mensualidades (o al que debe tres mensualidades en otro momento anterior a la fecha del hecho causante de la prestación 3 por NYCM) que al que debe menos, y no parece que fuera esa la intención del legislador, sino que con dicha presunción se pretendía agilizar la resolución de los correspondientes expedientes y evitar que los interesados tuviesen que aportar documentos que en breve estarían a disposición de la entidad gestora.

En razón a lo expuesto, esta subdirección general considera que, en caso de que se constate la falta de ingreso de alguna de las cuotas correspondientes al mes del hecho causante de la prestación o a los dos meses previos a aquel, lo que procede es la suspensión del abono de la misma. Si en el plazo de 10 días se justifica el pago de lo adeudado, se restablece el abono del subsidio íntegramente. En el caso de aportar los justificantes fuera de ese plazo de 10 días, lo que procede es reclamar el 20 por ciento de lo abonado y descontar ese mismo porcentaje en lo que reste por abonar y, en el supuesto de que el interesado no llegue a abonar la cuantía debida, se deberá reclamar la totalidad de lo indebidamente percibido.

Ahora bien, respecto al plazo durante el que se puede admitir el abono de las cuotas adeudas, esto es, el momento en que finaliza el periodo de suspensión del pago de la prestación y procede la extinción de la misma, ha de tenerse en cuenta que, una vez reconocida la prestación, el derecho a su percepción está sujeto al plazo de caducidad contemplado en el artículo 54 del TRLGSS que resuelve el supuesto del pago mensual de prestaciones ya concedidas, o que comenzaron a pagarse.

Concretamente, el artículo 54.2 del TRLGSS establece: *"Cuando se trate de prestaciones periódicas, el derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento"*. Por tanto, habida cuenta de que el derecho al percibo de la prestación por NYCM se puede extender hasta un plazo máximo de 12 meses a contar desde el hecho causante, el plazo de caducidad deberá comenzar a computarse a partir del cumplimiento de dicho mes 12, debiendo tener presente que, en todo caso, el derecho al percibo de la prestación está condicionado al descanso efectivo del beneficiario, circunstancia que deberá quedar debidamente acreditada.

Órgano

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA. INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Criterio de gestión:

3/2022

Fecha:

10 de enero de 2022

Materia:

Accidente de trabajo en pluriactividad.

Asunto:

Calificación de la contingencia de la que deriva el accidente acaecido en supuestos de pluriactividad.

Criterio adoptado

En los supuestos de pluriactividad que determinen la inclusión del trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) y en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA) y en los que el accidente tiene lugar como consecuencia de la prestación de servicios en uno u otro régimen, se ha de tener en cuenta lo siguiente: la circunstancia determinante a efectos de calificar como profesional en un régimen el accidente de trabajo ocurrido en la otra actividad es la identidad del concepto protegido. Es decir, sólo si ambos regímenes otorgan el mismo alcance a la noción de accidente laboral, cabe obtener en cada uno de ellos la protección derivada de dicha calificación.

En la actualidad, el artículo 316.2 TRLGSS, cuando define el accidente de trabajo en el RETA, lo sigue haciendo de forma más limitada y restringida que la establecida en el artículo 156 TRLGSS respecto del RGSS. Así, mientras que en este último artículo (el 156) se señala que: *"se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena",* en el artículo 316.2 TRLGSS se indica que: *"se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial".* Por tanto, al no existir identidad en los conceptos de accidente de trabajo que hace cada precepto, la conclusión no puede ser otra que la siguiente: todo accidente de trabajo ocurrido en la actividad por cuenta propia será también considerado como accidente de trabajo en la actividad por cuenta ajena, pero no al contrario.

Sin embargo, por lo que al accidente de trabajo in itinere se refiere, sí cabe realizar dicha equiparación y ello por cuanto el concepto es el mismo en ambos regímenes. El propio título del artículo 14 ("Equiparación a efectos de las contingencias derivadas de accidente de trabajo in itinere") de la ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, que lo introdujo, lo corrobora. En consecuencia, tanto para el RGSS como para el RETA, todo accidente sufrido al ir o al volver del lugar de trabajo o del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional, tendrá la consideración de accidente de trabajo en las dos actividades.

Finalmente, interesa destacar que para los trabajadores autónomos económicamente dependientes el concepto de accidente de trabajo es similar al establecido en el RGSS, ya que se define como: *"toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma.".*

REVISTA CRÍTICA DE RELACIONES DE TRABAJO. LABORUM

INFORMACIÓN GENERAL

Revista: *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*
Editor: Ediciones Laborum, S.L.
ISSN: 2792-7962
ISSNe: 2792-7970
Inicio de Publicación: 2021
Periodicidad: Trimestral
Arbitraje: Evaluación por pares de doble ciego

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

1. ENVÍO DE ORIGINALES

- **Formato**: Microsoft Word o Libreoffice.

- **Forma de envío**: Por correo electrónico a la dirección revreltra@laborum.es o bien mediante la plataforma de envío en http://revista.laborum.es.

  El archivo debe identificarse con los apellidos del autor del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar:

  Secciones abiertas a la publicación

  ED (Estudios Doctrinales);
  EDJ (Estudios de Doctrina Judicial);
  DCE (Derecho comparado y Derecho extranjero);
  ESHE (Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social);
  REC (Recensiones)

  Por ejemplo: ORTIZ CASTILLO-ED

2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán dos archivos de la siguiente forma:

- **Primer archivo**: Documento con la identificación del autor o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido:
  - Identificación del autor (nombre y apellidos de cada autor); ORCID, datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor responsable de la correspondencia sobre el artículo.
  - Declaración responsable del autor de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital).

- **Segundo archivo. El trabajo o artículo a publicar**

  Muy importante: No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor o autores.

El artículo ha de estar encabezado por:

- El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.
- Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (*abstract*).
- Sumario. Se utilizará la numeración arábiga (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

El artículo habrá de contener una bibliografía final.

- **Extensión del trabajo.** La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:
  - Estudios Doctrinales, Derecho comparado y Derecho extranjero, Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, bibliografía, etc.).
  - Estudios de Doctrina Judicial: máximo 22 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, bibliografía, etc.).
  - Recensiones: máximo 3 páginas.
- **Formato del Documento.**

Márgenes:

Superior:	2,50 cm	Izquierda:	3,00 cm	Encabezado:	1,25 cm
Inferior:	2,50 cm	Derecha:	3,00 cm	Pie de página:	1,25 cm

Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pie 10

Las referencias legislativas o judiciales deberán expresar -en todo lo posible- las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

Los apellidos de los autores citados han de ir solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares,* Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema,* SÁNCHEZ RODAS, C. y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI,* OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* MONEREO PÉREZ, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social,* MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145-173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto,* SEMPERE NAVARRO, A.V. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

3. PROCESO EDITORIAL

- **Recepción de artículos.** Hay 2 formas de recepcionar los artículos, bien enviándolos por mail a revreltra@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital https://revista.laborum.es, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

  Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

  Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático como el cumplimento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

- **Remisión de originales al Consejo de Redacción.** La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid*. http://url.laborum.es/equiporecrt o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

- **Sistema de revisión por pares.** El artículo enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid*. https://revista.laborum.es). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores

recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.

- **Proceso editorial.** Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.
- **Plazos de publicación.** El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días.
- **Ejemplar para el autor:** La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

- **Criterios de política editorial.** Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:
    a) Originalidad.
    b) Actualidad y novedad.
    c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.
    d) Significación para el avance del conocimiento científico.
    e) Calidad metodológica contrastada.
    f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).

- **Responsabilidades éticas.** La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

  La Editorial considera que la remisión de un trabajo es original, no exigiendo declaración jurada al respecto pero obligándose, en caso de detectarse lo contrario, a la denuncia de prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

  En relación con los derechos de autor, los autores pueden utilizar sus derechos para publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico) siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

La presente revista, dedicada específicamente a las Relaciones de Trabajo, consta de:

- *Editorial (E)*
- *Estudios Doctrinales (ED)*
- *Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)*
- *Derecho Comparado y Derecho Extranjero (DCE)*
- *Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)*
- *Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas (CLJB)*
- *Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)*

Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral. Se edita en papel y digital, y la inscripción a cualquiera de ambas versiones puede realizarse por los medios que figuran al inicio de la revista.

Ediciones Laborum

ISSN 2792-7970
02>