Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

2º Trimestre 2022 nº 3

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- El empleo público laboral a la luz de las reformas de 2021
  José Luis Monereo Pérez, Susana Rodríguez Escanciano y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- El trabajo digno y la propuesta de diligencia debida de las empresas impulsada por la Unión Europea bajo la óptica de la igualdad de género y las migraciones
  Ferran Camas Roda
- Cuidados para quienes cuidan: la adaptación del art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 junio de 2019
  Yolanda Maneiro Vázquez
- La reforma laboral 2021: primeros datos
  Daniel Pérez del Prado
- La problemática de las contrataciones temporales en la administración: Servicios Sociales de las Corporaciones Locales y programas subvencionados por las comunidades autónomas en el ejercicio de competencias propias
  Enrique Villalobos Sánchez

Estudios de Doctrina Judicial

- ¿Qué tiene que ver la noche con el sueño? Sobre las posibles diferencias de trato entre el sector público y el privado en la regulación del trabajo nocturno. Nota a la sentencia *vb v glavna direktsia 'pozharna bezopasnost i zaschtita na naselenieto' kam ministerstvo na vatreshnite raboti*
  José María Miranda Boto
- Despido discriminatorio por anuncio de matrimonio: ¿un supuesto de discriminación por razón de sexo? [Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 130/2022, de 9 de febrero de 2022 (rec. 1871/2020)]
  Yolanda Cano Galán
- Viabilidad del ERE (o DOI) posterior a ERTE COVID-19. (A propósito de la STS [social (pleno)] de 22 de febrero de 2022)
  Jaime de Lamo Rubio

Derecho Comparado y Derecho Extranjero

- El modelo contractual alemán de derecho de huelga y su problemática compatibilidad con los mecanismos regionales europeos de protección de los derechos fundamentales
  Iván Vizcaíno Ramos
- El permiso para la donación de sangre en España. Un estudio propositivo y comparado con el derecho polaco
  Víctor Ribes Moreno

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

- La reforma laboral de 2021 en España, cambio de tendencia en la regulación de la contratación temporal
  Mikel de la Fuente Lavín y Jon Bernat Zubiri Rey

Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas

María Nieves Moreno Vida

Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo

- Crónica Administrativa Laboral
  José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta
- Contratación Laboral, principales modificaciones legislativas. La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
  Juan De Dios Fernández Lupiáñez

Ediciones Laborum

Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

2º Trimestre 2022 Nº 3

© 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*
Ferran 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 Contratado 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

RESPONSABLE DE INDEXACIÓN:
Alejandro Muros Polo

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

EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DE LAS REFORMAS DE 2021 ... 11
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

1. EL MODELO DE EMPLEO PÚBLICO Y SUS APORÍAS 11
2. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 19
3. DELIMITACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO DE CARÁCTER LABORAL: AMPLIOS CONTORNOS 20
4. LA TRADICIONAL MODULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD EN LOS RECLUTAMIENTOS LABORALES A TÉRMINO 21
5. UTILIZACIÓN FRAUDULENTA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL. LA CONTROVERTIDA FIGURA DEL "INDEFINIDO NO FIJO" 23
6. LAS CLAVES DE LAS REFORMAS DE 2021 Y SU INCIDENCIA EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL 29
7. EXTERNALIZACIÓN DE FUNCIONES DE INTERÉS GENERAL: EL EMPLEO PÚBLICO INDIRECTO 36
8. PROYECCIONES DE UN FUTURO EN CONDICIONES DE INCERTIDUMBRE 41

ESTUDIOS DOCTRINALES 43

EL TRABAJO DIGNO Y LA PROPUESTA DE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS IMPULSADA POR LA UNIÓN EUROPEA BAJO LA ÓPTICA DE LA IGUALDAD DE GÉNERO Y LAS MIGRACIONES ... 45
FERRAN CAMAS RODA

1. INTRODUCCIÓN 45
2. ENFOQUE INTEGRAL DE TRABAJO DIGNO Y DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS 48
3. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL MARCO DE LA ACCIÓN DE LA UE POR UN TRABAJO DIGNO 50
4. TRATAMIENTO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN LAS INICIATIVAS DE TRABAJO DIGNO DE LA UE 54
5. CONCLUSIONES 60
6. BIBLIOGRAFÍA 61

CUIDADOS PARA QUIENES CUIDAN: LA ADAPTACIÓN DEL ART. 139 DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL A LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158, DE 20 JUNIO DE 2019 ... 63
YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ

1. LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CUIDADORAS EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158 63
2. LA MODALIDAD PROCESAL ESPECIAL DEL ART. 139 LRJS Y SU ADECUACIÓN A LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158 68
3. BIBLIOGRAFÍA 85

LA REFORMA LABORAL 2021: PRIMEROS DATOS 87
DANIEL PÉREZ DEL PRADO

1. INTRODUCCIÓN: REFORMAR EN TIEMPOS REVUELTOS 87
2. LA EVOLUCIÓN DE LA ECONOMÍA Y DEL EMPLEO 89
3. LA EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN TRAS LA REFORMA 93
4. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTRATOS FIJOS DISCONTINUOS 98
5. ALGUNOS FUTURIBLES 103
6. BIBLIOGRAFÍA 105

LA PROBLEMÁTICA DE LAS CONTRATACIONES TEMPORALES EN LA ADMINISTRACIÓN: SERVICIOS SOCIALES DE LAS CORPORACIONES LOCALES Y PROGRAMAS SUBVENCIONADOS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN EL EJERCICIO DE COMPETENCIAS PROPIAS..... 107
ENRIQUE VILLALOBOS SÁNCHEZ

1. EL EMPLEO TEMPORAL EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: UN PROBLEMA CRÓNICO Y ESTRUCTURAL DE NUESTRO PAÍS 107
2. ORGANIZACIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA 113
3. LA ERACIS, SU DESARROLLO A TRAVÉS DE LOS DENOMINADOS PROGRAMAS LOCAL DE INCLUSIÓN DE ZONAS DESFAVORECIDAS (PLIZD) Y SU CONFIGURACIÓN DENTRO DE LOS SERVICIOS SOCIALES COMUNITARIOS 113
4. BALANCES Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES 126
5. BIBLIOGRAFÍA 128
6. JURISPRUDENCIA 130

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 131

¿QUÉ TIENE QUE VER LA NOCHE CON EL SUEÑO? SOBRE LAS POSIBLES DIFERENCIAS DE TRATO ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL PRIVADO EN LA REGULACIÓN DEL TRABAJO NOCTURNO. NOTA A LA SENTENCIA VB V GLAVNA DIREKTSIA 'POZHARNA BEZOPASNOST I ZASCHTITA NA NASELENIETO' KAM MINISTERSTVO NA VATRESHNITE RABOTI 133
JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

1. BOMBEROS Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA 133
2. UNA CUESTIÓN DE TIEMPO: LAS DIFERENCIAS DE REGULACIÓN DEL TRABAJO NOCTURNO EN EL DERECHO BÚLGARO 135
3. EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DEL TRABAJO NOCTURNO 136
4. ¿DEBE HABER TRATO IGUAL? 136
5. UNA BREVE CONCLUSIÓN 137
6. BIBLIOGRAFÍA 138

DESPIDO DISCRIMINATORIO POR ANUNCIO DE MATRIMONIO: ¿UN SUPUESTO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO? [COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 130/2022, DE 9 DE FEBRERO DE 2022 (REC. 1871/2020)] 139
YOLANDA CANO GALÁN

1. INTRODUCCIÓN 140
2. EL SUPUESTO DE HECHO 140
3. LAS SENTENCIAS DICTADAS EN EL PROCEDIMIENTO 140
4. EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA 143
5. NULIDAD DEL DESPIDO POR ANUNCIO DE MATRIMONIO 145

6. EL FALLO 148
7. CONCLUSIONES 149
8. BIBLIOGRAFÍA 150

VIABILIDAD DEL ERE (O DOI) POSTERIOR A ERTE COVID-19 (A PROPÓSITO DE LA STS [SOCIAL (PLENO)] DE 22 DE FEBRERO DE 2022)... 151
JAIME DE LAMO RUBIO

1. LA POLÉMICA SOBRE LAS CONSECUENCIAS DEL DESPIDO TRAS ERTE COVID 152
2. LA STS [SOCIAL (PLENO)] DE 22 DE FEBRERO DE 2022 154
3. APLICACIÓN DE LA ANTERIOR JURISPRUDENCIA 159
4. CONCLUSIONES 162
5. BIBLIOGRAFÍA 162

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO 165

EL MODELO CONTRACTUAL ALEMÁN DE DERECHO DE HUELGA Y SU PROBLEMÁTICA COMPATIBILIDAD CON LOS MECANISMOS REGIONALES EUROPEOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 167
IVÁN VIZCAÍNO RAMOS

1. EL INTERÉS COMPARATISTA DEL MODELO CONTRACTUAL ALEMÁN DE DERECHO DE HUELGA, DESDE EL PUNTO DE VISTA ESPAÑOL 167
2. LA SINGULARIDAD Y LA CONGRUENCIA DEL MODELO CONTRACTUAL ALEMÁN DE DERECHO DE HUELGA 168
3. LA INCOMPATIBILIDAD DEL MODELO CONTRACTUAL ALEMÁN DE DERECHO DE HUELGA CON EL ARTÍCULO 6, APARTADO 4, DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA ORIGINARIA 172
4. EL BLINDAJE DEL MODELO CONTRACTUAL ALEMÁN DE DERECHO DE HUELGA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA 175
5. LA RENOVADA DECLARACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL MODELO CONTRACTUAL ALEMÁN DE DERECHO DE HUELGA PARA HACERLO SUPUESTAMENTE COMPATIBLE CON LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS 177
6. LA RATIFICACIÓN POR ALEMANIA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA Y SU DECLARACIÓN INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 6, APARTADO 4, DE LA MISMA, RELAIVA AL MODELO CONTRACTUAL ALEMÁN DE DERECHO DE HUELGA 181
7. EPÍLOGO 183
8. BIBLIOGRAFÍA CITADA 184

EL PERMISO PARA LA DONACIÓN DE SANGRE EN ESPAÑA. UN ESTUDIO PROPOSITIVO Y COMPARADO CON EL DERECHO POLACO 187
VÍCTOR RIBES MORENO

1. EL PERMISO LABORAL PARA LA DONACIÓN DE SANGRE EN ESPAÑA 187
2. EL PERMISO LABORAL PARA LA DONACIÓN DE SANGRE EN POLONIA 191
3. CONCLUSIONES 193
4. BIBLIOGRAFÍA 195

ECONOMÍA, SOCIOLOGÍA E HISTORIA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO Y DEL ESTADO SOCIAL 197

LA REFORMA LABORAL DE 2021 EN ESPAÑA, CAMBIO DE TENDENCIA EN LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL.....199
MIKEL DE LA FUENTE LAVÍN
JON BERNAT ZUBIRI REY

1. INTRODUCCIÓN 199
2. TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO DEL MODELO ESPAÑOL DE CONTRATACIÓN TRAS 40 AÑOS DE REFORMAS LABORALES REGRESIVAS 201
3. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL RD-LEY 32/2021 Y SUS EFECTOS EN LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD Y LA MEJORA EN LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO 212
4. CONCLUSIONES 219
5. BIBLIOGRAFÍA 221

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 225

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS 227
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL 248
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 259
4. RECENSIÓN 260

CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO 265

CRÓNICA ADMINISTRATIVA LABORAL 267
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

1. INTRODUCCIÓN 267
2. COMPLEMENTO DE PENSIONES PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO 269
3. COMPLEMENTO POR MATERNIDAD 286

CRÓNICA LABORAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.....297
CONTRATACIÓN LABORAL, PRINCIPALES MODIFICACIONES LEGISLATIVAS. LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.....297
JUAN DE DIOS FERNÁNDEZ LUPIÁÑEZ

1. INTRODUCCIÓN 297
2. ANÁLISIS DE LA REFORMA LABORAL EN MATERIA DE CONTRATACION LABORAL 299
3. ACTUACIONES DE LA ITSS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN LABORAL 307
4. BIBLIOGRAFÍA 315

Editorial

Laborum

El empleo público laboral a la luz de las reformas de 2021
Public employment in the light of the 2021 reforms

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

Cita sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. "El empleo público laboral a la luz de las reformas de 2021". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 3 (2022):* 11-42.

"[…] el prodigioso esfuerzo intelectual que hasta ahora se ha ido acumulando supone un desvelamiento progresivo de los muchos factores que, integrando el mismo tema, son inseparables y, por consecuencia, la debida inteligencia de cada uno de ellos implica la comprensión de todos los demás. En definitiva, perder esta visión global implica renunciar a la comprensión profunda del fenómeno"

ALEJANDRO NIETO GARCÍA[1]

1. EL MODELO DE EMPLEO PÚBLICO Y SUS APORÍAS

La Constitución de 1978 supone la adaptación de nuestro modelo burocrático administrativo a un régimen regulador -el propio de un Estado Social y Democrático de Derecho- y estableció los fundamentos jurídicos del actual sistema de función pública en España; y con ello sentó unas bases para un modelo relativamente abierto de empleo público. Si bien, no impune un modelo concreto de función pública, aunque sí marca unas reglas básicas que tienen como objetivo la garantía constitucional de la ya lograda profesionalidad de la función pública, con principios como los de igualdad, mérito y capacidad (art. 23.2 CE), el principio de objetividad en la actuación de las Administraciones como empleadora, la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas (artículos 103.1 y 3 CE), el principio de legalidad y cobertura presupuestaria, el régimen de incompatibilidades, etcétera.

[1] NIETO GARCÍA, A.: *El pensamiento burocrático,* edición y estudio preliminar, «La burocracia en el proceso de racionalización de la civilización occidental: variaciones sobre un 'tema de Max Weber'» (pp. XIII-CXII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002, p. 35.

Se puede apreciar que la técnica seguida de textura abierta consiste, por tanto, en imponer unas reglas de referencia, y dejar margen al pluralismo político de cara a distintos posibles desarrollos normativos que serán lícitos siempre que respeten los límites constitucionales. La cuestión sobre la legalidad o no, de la coexistencia en nuestro sistema de la relación funcionarial y las relaciones laborales se resolvieron a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que si bien no resuelve directamente esta disyuntiva sí marca una posición a favor de la prioridad del régimen estatutario o funcionarial, y la pretendida "excepcionalidad" del laboral. Esta cuestión generó en su momento diversas y controvertidas posturas controvertidas. En este contexto, la doctrina que ha prevalecido después de la aprobación de la Constitución de 1978 es la que acepta la legalidad del modelo dual, con la convivencia del régimen funcionarial y laboral en el empleo público, que de hecho es legalmente confirmado por el Estatuto Básico del Empleado Público. No obstante la aceptación de esta dualidad pasa por la limitación y delimitación los puestos a ocupar por el personal laboral y en todo caso exigiendo la aplicación de los principios constitucionales que tradicionalmente afectaban al régimen jurídico funcionarial, a todos los empleados de la Administración, sea cual sea su vínculo.

El desarrollo y plasmación de un "modelo legal" de desarrollo coherente con las previsiones constitucionales no fue fácil. Fue precisa la intervención del Tribunal Constitucional en STC 170/1988 de 29 de septiembre y STC 33/1991, de 14 de febrero-, por el que se reconoció la licitud y legitimidad constitucional de la convivencia de los dos regímenes jurídicos funcionarial y laboral. Esta doctrina reconoce que la Constitución de 1978 expresamente, solo prevé que la relación de empleo público se configure en el ámbito de la relación funcionarial, estableciendo reserva de ley para el estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE) y atribuyendo al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de los funcionarios (artículo 149.1.18ª CE). Pero no es menos cierto que en el texto constitucional no existe previsión alguna en el sentido de prohibir la posibilidad de aceptar y regular la contratación laboral en las Administraciones, (sin perjuicio del necesario respeto a los principios propios del empleo público, y a límites derivados de la particular naturaleza de la Administración empleadora), y en todo caso con reserva legal para la determinación de las funciones que deben ser cubiertas por funcionarios, y la abiertas al régimen laboral. Efectivamente, en el Fundamento Jurídico Tercero y Octavo de la mencionada Sentencia se reconoció que el apoderamiento que el art. 15 de la LMRFP otorgaba a la Administración, suponía la violación al principio de reserva de Ley del artículo 103.3 de la Constitución, y por tanto "la plena renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto, ciertamente crucial para la estructura de las Administraciones Públicas y de la propia Función Pública, condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración".

No obstante el Tribunal Constitucional tácitamente expresa en esta resolución, su aceptación de la existencia del doble vínculo jurídico funcionarial y laboral de prestaciones de servicios profesionales en el ámbito de las Administraciones Públicas, pero matizando en todo caso que el sistema que debía prevalecer era el funcionarial, y que el legislativo, y no el ejecutivo, debía regular de forma clara y precisa los supuestos en los que se podría acudir a la contratación laboral, como vínculo excepcional, y en base a la naturaleza de las funciones a desempeñar, -que en todo caso serían actividades o puestos instrumentales-. Así pues, el principal problema en esta materia radicaba -y realmente permanece en gran medida-, en la determinación de qué puestos de trabajo podían ser desempeñados por personal laboral, y cuáles quedarían reservados a funcionarios. Esta problemática cuestión no cerrada, que se arrastra hasta nuestros días.

El mandato constitucional del art. 103.3 CE de elaborar un Estatuto del funcionariado público, no fue atendido hasta casi treinta años después, con la aprobación mediante Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). El EBEP actualmente, en su vigente redacción por el RD-Legislativo 5/2015, es la principal norma reguladora del régimen jurídico del personal de las Administraciones (TREBEP)**,** aunque hay que señalar que se mantienen vigentes

algunos preceptos anteriores, por un lado, y por otro, que el EBEP ha sido objeto de numerosas reformas de muchas de sus disposiciones

No es baladí hacer notar el hecho histórico de que toda Administración (como más ampliamente todo el sector público administrativo, fundacional y empresarial) responde siempre a un modelo de sociedad concreto y a unas circunstancias políticas, económicas, sociológicas y condicionamientos constitucionales. En nuestro caso, el referente que determina nuestro actual modelo lo encontramos en la Constitución de 1978, que contiene los fundamentos jurídicos de ordenación de la actual función pública y del "empleo público" en su conjunto. Los principios constitucionales, y la apuesta de ésta por un modelo Estatal descentralizado (Estado Social Autonómico), nos lleva a una Administración territorial compleja y diversa, sin perjuicio de garantizar un marco jurídico común en relación a las bases del régimen jurídico de las Administraciones, atribuyendo al Estado central competencias exclusivas a tales efectos (art. 149.1.18 CE). De esta forma, hoy por hoy, coexiste un régimen jurídico común de organización de la Administraciones Públicas, con las particularidades normativas del conjunto de entidades que conforman el sector público.

Indicar aquí que ello en el ámbito del empleo público se corresponde con la existencia de un gran número de empleadores, con una normativa de referencia común, dictada por mandato del art. 103.3 de la Constitución, que es el citado TREBEP, y una enorme diversidad normativa tanto a nivel territorial según la Administración de que se trate, como por la naturaleza del ente público empleador y el propio empleado público de que se trate. Lo cual hace visible el factor de complejidad subyacente en la ordenación del empleo público en España.

Destacar, por otra parte, que la configuración del Estado como "Social" de Derecho conlleva el progresivo incremento de funciones material-prestacionales, nuevas y/o mejoradas, para las Administraciones Públicas vinculadas al concepto jurídico de servicio público, propios de los Estados del Bienestar (fórmula, ésta, evolucionada del persistente Estado Social de Derecho). Este incremento en la actividad de las Administraciones, teniendo como telón de fondo el esquema organizativo territorial al que antes se hacía referencia, lleva a la aparición de una organización compleja, con numerosos empleadores y empleados públicos. Podemos afirmar que, tanto la realidad socio-económica, como geopolítica de nuestro país nos ha conducido inexorablemente a la configuración del modelo actual de Administraciones Públicas que se caracteriza por ser un entramado complicado, y diverso tanto por su dimensión territorial, como por la distinta naturaleza de sus componentes y los objetivos a los que sirven, que le lleva a contar con un numeroso y variado conjunto de empleados públicos[2].

Existe una complejidad vinculada a la dimensión del personal público consecuencia de la estructura territorial descentralizada. Las relaciones de empleo en la Administración evolucionan lenta pero progresivamente, dependiendo de la política del momento y de las necesidades y cambios del propio sector público. No obstante actualmente en nuestro país existen dos características que la definen, y que determinan la distribución de competencias en materia de empleo público y su forma de organización, que son: por un lado, la existencia de dualidad de vínculos, funcionarial y laboral, coexistiendo en las distintas Administraciones; y por otro, el desarrollo de la realidad territorial de España y su reconocimiento constitucional y, consecuentemente, de la función pública en las distintas Administraciones.

Respecto a la dualidad de los regímenes reguladores de los empleados públicos hay que recordar que su origen se remonta a la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, que fue la que introdujo el principio de la ruptura del modelo tradicional de la función pública, -de nítida influencia francesa-, a un modelo de relaciones de empleo de influencia anglosajona. Con esta

[2] MONEREO PÉREZ, J. L. y VIDA SORIA, J.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, pp. 21 y ss., y 59 y ss.

norma se abrió las puertas a la contratación laboral en la Administración, y con ella se inicia un cambio de concepto, con profundas modificaciones en distintos aspectos de la regulación del empleo público. En definitiva se puede afirmar que esta norma preconstitucional fue la que puso fin, de un modo definitivo, a la exclusividad de la relación funcionarial, abriendo paso a los contratos laborales, los contratados en régimen de Derecho Administrativo, y los funcionarios eventuales, o también llamados de confianza.

La dualidad de regímenes funcionarial y laboral en la Administración se mantiene con la Constitución de 1978, recibiendo un nuevo impulso con la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, que no obstante hubo de ser modificada por Ley 23/1988, de 28 de julio, como consecuencia de una Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, en la que se declara no constitucional la falta de límites entre las contrataciones laborales de personal y la funcionarial. El respeto a los principios de acceso según mérito y capacidad del artículo 103.3 de la Constitución eran incompatibles con esta norma, siendo por este motivo que la Ley 23/1988, de Reforma de la Función Pública retoca la excesiva flexibilidad que la anterior dejaba a los gobiernos para determinar los puestos a cubrir por laborales o funcionarios, y declara reservados al régimen funcionarial los puestos de la Administración del Estado, y sus organismos autónomos, entidades gestoras, y servicios comunes de la Seguridad Social.

El proceso de progresiva laboralización de las Administraciones, con matices y limitaciones intrínsecas, ha seguido avanzando hasta hoy, no sólo por el desarrollo de la posibilidad legal de realizar dichas tipologías de contrataciones, sino también por la evolución y acercamiento de las propias instituciones de la Administración a las técnicas de organización de la empresa privada, con la aparición de las sociedades anónimas, entidades empresariales, fundaciones públicas, "consorcios", etcétera. Incluso así sucede con las administraciones independientes, también llamados organismos reguladores (Comisión Nacional del Mercado de Valores, Banco de España, Comisión Nacional de la Energía, etcétera), que aun ejerciendo funciones públicas de regulación de sectores básicos para el Estado, cuentan principalmente con personal vinculado a las mismas por contratos laborales (conforme a la posibilidad que se establece en la Disposición Adicional 4ª del EBEP).

Por otra parte, a efectos de la regulación de la relación laboral de los empleados públicos hay que advertir que no se somete exclusivamente al Estatuto de los Trabajadores y las correspondientes normas convencionales, sino que el art. 7 del TREBEP, matiza que el personal laboral al servicio de las Administraciones se regirá, "además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionales aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan". Es decir, que en lo que el TREBEP marque como norma de referencia para las Administraciones y los "empleados públicos", así como en aquellos que preceptos en los que se concreten aspectos de aplicación a los empleados públicos laborales será de aplicación preceptiva dicha norma con preferencia a la laboral, de tal forma que se configura, -sin llegar a denominarlo expresamente-, como una relación laboral especial o al menos, peculiar, pero que cuya singularidad material y especificidad formal lo acercan a la naturaleza de esa relación laboral especial.

Adicionalmente se puede decir que persiste una cierta indefinición del modelo normativo sobre la delimitación del ámbito de "ocupación" y reserva para los funcionarios y personal laboral; y en esto el TREBEP se limita a reproducir en su artículo 9.2, una fórmula similar a la de la de la Ley 7/1985 (LBRL), al reservar para la figura de funcionarios: "…en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos". Con esta escueta "delimitación", y en atención a la reserva de ley que exige el artículo 103.3 CE, la determinación final de puestos reservados a funcionarios y abiertos a laborales, vendrá determinada por lo que se dispongan en "las leyes de desarrollo de cada Administración Pública…" (del mismo modo que sucede en el caso de la

Administración Local que remite a lo establecido en el TREBEP, *"así como por la legislación de las Comunidades Autónomas"*; artículo 92.1 Ley 7/85 LBRL).

Se reconoce, así, una cuestión importante y problemática relativa a la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser ocupados por funcionarios y cuáles por el personal laboral fijo o temporal. Sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 99/1987, de 11 de junio, que declaró inconstitucional la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública, que en un principio daba libertad a cada Administración para determinar los puestos que debían ser ocupados por funcionarios o por personal laboral. Dicha sentencia reconoció la prevalencia del sistema funcionarial, sin descartar el empleo público laboral, pero apostando por la limitación, o más bien la necesaria delimitación de la contratación laboral en la Administración, exigiendo la debida y clara regulación de los casos en que por la naturaleza de las funciones a desempeñar era posible abrir a la contratación laboral. De esta forma se trató esta vía como excepción a la ocupación de puestos mediante personal funcionario (no obstante posteriormente la doctrina del Tribunal Constitucional en cierta medida se flexibilizó en relación a la determinación de los puestos de trabajo reservados a los funcionarios en la Administración Local, STC 37/2002).

Conforme a la referida resolución judicial fue redactado el artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984, LMRFP, por la Ley de 1988, que aún se mantiene en vigor al no haber sido derogado por el TREBEP. Dicho artículo estableció que los puestos de trabajo de la Administración del Estado, de sus organismos autónomos, así como los de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, "serán desempeñados por funcionarios públicos con las siguientes excepciones: Los puestos de naturaleza no permanentes y aquéllos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; Puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y análogos; Puestos de carácter instrumental relativas a mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores; Puestos correspondientes a áreas de actividades que requieren conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; Puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares; y Puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y de apoyo administrativo.

El TREBEP adopta una formulación que queda reflejada en el art. 9.2 TREBEP, según el cual se establece la reserva a la condición de funcionario público del "ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas", teniendo como límite esta imperativa reserva a los funcionarios las Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto Básico que serán las que verdaderamente determinarán cuáles serán los puestos a cubrir con personal laboral ("en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca"). El origen de esta fórmula se encuentra en artículo 39 del Tratado de Constitución CEE, que establecía "la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo", y su apartado cuarto que excluye la aplicación de este principio a los empleos en las Administraciones Públicas. La interpretación que del precepto hace la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las CEE - STJCEE núm. Comisión/Bélgica II Rec. 1982, p. 549; asunto 307/84, Comisión/Francia, Rec. 1986, p. 1725; asunto 66/85, Lawrie-Blum, Rec. 1986-, marcó el alcance de los criterios sobre la libertad de circulación de trabajadores extranjeros comunitarios en relación a los empleos de la Administración Pública (respecto a la posibilidad de que ciertas funciones públicas sean reservadas por la normativa interna a los nacionales de cada Estado). Dicha jurisprudencia sufrió una lógica evolución, cuya tendencia ha sido a delimitar más el concepto de Administración Pública, superando el concepto estricto institucional y ajustándolo más a la noción jurídica de autoridad pública. Esta interpretación resulta más coherente con el principio

de libre circulación puesto que supone una limitación en el acceso solo a fin de reservar aquellas funciones de la Administración que supongan el ejercicio directo o indirecto del poder público y la salvaguarda de los intereses generales. Conforme con esta interpretación se puede afirmar que los Estados miembros sólo podrán reservar a sus nacionales los empleos o puestos de trabajo o funciones que entrañen el ejercicio de potestades públicas o funciones públicas de autoridad.

Con todo, serán las Administraciones las que mediante las denominadas relaciones de puestos de trabajo (R.P.T.), determinarán el régimen aplicable a cada servicio, siendo preceptiva la utilización de este instrumento de ordenación y gestión de personal en el caso del personal funcionario, eventual y laboral fijo, quedando exento de este requisito el personal laboral temporal y eventual. No obstante, la indeterminación de los términos en que se marca la reserva a la condición de funcionario en ese art. 9.2 TREBEP, y la delegación posterior en la normativa de desarrollo lleva a parte de la doctrina a cuestionar si realmente esta norma no pudiera constituir una vulneración del art. 103.3 CE. Lo indudable es que como consecuencia de esta regulación en un futuro inmediato podremos encontrar, -tanto a nivel de administración central, como autonómica y local-, distintos puestos ocupados en unos casos por funcionarios, y en otros por laborales, y de igual forma existirá necesariamente un heterogéneo panorama en relación al grado o umbral de "laboralización" en unas y otras Administraciones, si bien esto en mayor o menor medida ya sucede en nuestras Administraciones.

La realidad es que el pretendido "principio de excepcionalidad" de la contratación laboral en las Administraciones, frente a la regla de preferencia del régimen funcionarial en el empleo público que defendía en su doctrina original el Tribunal Constitucional, no rige hoy por hoy en sus propios términos absolutos (ni siquiera para doctrina del mismo Alto Tribunal). La contratación laboral en las Administraciones llegó para quedarse (se ha producido un fenómeno de contractualización de una parte significativa del empleo público), y a la vista de las estadísticas, incrementando progresivamente su presencia en las Administraciones. En este sentido, la Exposición de Motivos del texto original del TREBEP, alertaba de esta situación controvertida, manifestando que la contratación de personal conforme a la legislación laboral "por imperativo constitucional no puede ser el régimen general del empleo público en nuestro país, ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público". Y, por su parte, el Informe de la Comisión de Expertos recomendaba proceder a la concreción de los puestos sometidos a uno u otro régimen, remitiendo a tal efecto al legislador estatal, autonómico y local. No obstante también advertía del principio general que debe regir en este ámbito, por el que es necesario reservar los puestos que precisan de la imparcialidad de los empleados que deben adoptar decisiones vinculantes, realizar actuaciones de inspección, o de carácter sancionador que pudieran lesionar derechos individuales, o realizar actuaciones que requieran total independencia de criterio (dación de fe pública), o funciones de soberanía (fuerzas armadas, carrera judicial, etcétera). Respetando dicho límite la Administración puede acomodar el régimen de personal a las necesidades de cada organización. Además se recomendaban que "dicha legislación establezca, en la medida de lo posible, un único tipo de régimen jurídico, estatutario o laboral, para los empleados que realizan cada tipo de función, con la idea de ello homogeneizar el régimen por funciones, evitar los problemas de gestión y agravios comparativos que pueden concurrir en las Administraciones por la coexistencia de funcionarios y laborales con las mismas funciones.

Pese a las críticas doctrinales -más o menos severas- a la indeterminación de las normas, a pesar de las advertencias del Informe de la Comisión de Expertos que antecedió al EBEP, y a pesar de ser opinión generalizada la necesidad de concreción de la norma (véase el mismo Informe de la Comisión de Reforma de las Administraciones Públicas, -CORA- de 2012), actualmente la situación continúa como al principio, con todos los inconvenientes y agravios resultantes de la indeterminación de los ámbitos reservados a funcionarios y laborales, en progresiva deriva a la laboralización en unas Administraciones más que en otras, y además en progresiva privatización indirecta vía externalización del actividades y servicios, inicialmente, para acabar, después, en la recuperación/reinternalización de los servicios públicos bajo el régimen administrativo de gestión

directa (antes exteriorizados para su gestión privada y la correspondiente gestión indirecta del personal a ellas adscrito).

El concepto "empleado público", que da título a la propia Ley, es el reflejo directo de la esencia y objetivo de la norma: regular de forma conjunta, sin perjuicio de sus especificidades, las bases del régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones. Si bien, hay que decir que el concepto de Administraciones Públicas hace referencia a lo que la Ley refiere como Administraciones sometidas a su ámbito de aplicación (artículo 2 TREBEP). Concretamente el Título II del TREBEP se dedica en exclusiva a definir y delimitar las características de los tipos de empleados públicos al servicio de las Administraciones Publicas. El modelo de clases de empleados públicos de la nueva norma responde básicamente a la introducida en su día por el Texto Articulado de Funcionarios Civiles de 7 de febrero de 1964, que amplió los distintos vínculos posibles en el empleo público, introduciendo, además de los ya existentes funcionarios de carrera e interinos y contratados administrativos, el personal eventual, y como mayor novedad los contratados laborales en la Administración. El TREBEP introduce como principal variante frente a sus antecesoras, el propio concepto de "empleado público", es decir, en el hecho de regular conjuntamente al personal al servicio de las Administraciones, ya sean funcionarios o laborales. También es novedosa la introducción por el Estatuto es una clase nueva personal: los directivos, cuyo vínculo y régimen jurídico se diferencia del resto de empleados públicos -y que estudiaremos en el presente capítulo-.

Por último, el art. 8 del TREBEP define a los empleados públicos como aquellos que "desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales", y este concepto suponer que en aquellos preceptos de esta norma en los que se haga referencia a tal calificación de "empleados públicos", se entiende que se aplicará sin distinción a todos ellos, sea cual sea su naturaleza.

Se establece así una clasificación que reconoce como empleados públicos: a) Funcionarios de carrera. b) Funcionarios interinos. c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. d) Personal eventual. En esta clasificación se incluye una delimitación de quienes son los sujetos en el marco de una relación laboral. Se habla, concretamente de contratados fijos, por tiempo indefinidos o temporales.

En este punto hay que concretar la diferencia entre relación fija o indefinida no fija. Tradicionalmente, y esa ha sido la peculiaridad más característica de esta última relación, su paralelismo con el contrato de interinidad -en tanto que ambos estaban sujetos a una finalización vinculada al desarrollo de un proceso de selección regular-, la situaba más cercana a una naturaleza temporal que propiamente indefinida. Sin embargo, ya desde la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015) se ha venido a cambiar este criterio, de manera que ahora se alude a que no se trata, en ningún caso, de un contrato de naturaleza temporal. Pero, sin que ello lo convierta en un contrato fijo. Las consecuencias, se relacionarían con la fórmula extintiva que se escoja para poner fin a esa relación y con los efectos indemnizatorios, si bien, ello ya plantea otra problemática de la contratación laboral que requiere un enfoque particularizado. Es decir, es necesario plantear dos cuestiones distintas: el acceso irregular, la contratación temporal sin causa o la superación de los límites de temporalidad que deriva en la consideración de indefinido no fijo con las dudas sobre su naturaleza y, en segundo término, las resultas de ésta, que se relacionan con la indemnización en los supuestos de amortización del puesto o la plaza, más aun si se considera la jurisprudencia comunitaria, especialmente asuntos como De Diego Porras o Huétor Vega, *Martínez Andrés* y *Pérez López*, MIDRA, etcétera (paradigmáticamente, la STJUE de 3 de junio de 2021, C-726/19, IMIDRA, y la jurisprudencia del Tribunal de justicia comunitario allí citada). Las dificultades sobrevenidas a esta figura vienen porque aunque encuentra acomodo en el TREBEP no está incluida en el Estatuto de los Trabajadores. Y es que, la remisión que hace el TREBEP a este último en cuanto a la aplicación de la legislación laboral resulta contradictoria con esa salvedad introducida en el mismo artículo 11. Esto es, se podrá contratar de acuerdo a las distintas modalidades que recoge la normativa laboral, pero, en dicha normativa no hay una regulación expresa de esa figura. No

parece, por tanto, que quepa la contratación *ab initio* del indefinido no fijo, sino que sería una consecuencia, no una opción -salvo los profesores de religión, por cuestiones derivadas de la propia naturaleza de esa contratación; véase artículo 61.7 TREBEP que parte de la regla común de la relación fija como resultado de los procesos de acceso regular al empleo público-. En este sentido, lo que se incluye no es un tipo de contratación, sino un tipo de relación jurídica en la que su naturaleza, digamos que no estrictamente "temporal", viene condicionada por la existencia de un factor determinante que no se aprecia en la empresa privada: el interés público. En cualquier caso, el gran problema -persistente en el marco legal- es que el EBEP dio carta de naturaleza a esta figura de origen jurisprudencial, pero no le dotó de un estatuto jurídico regular que atendiera a su especificidad.

En lo que se refiera al acceso al empleo público y a los principios rectores de la selección de personal, cabe señalar, como es sabido, el acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicio del empleado público están condicionados por unos principios informadores o rectores. El artículo 103.3 CE exige que la ley regule "el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad"; y lo hizo como imperativo categórico. Dicha ley que cumple con ese mandato constitucional no es otra que el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP, originariamente, Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público). El acceso al empleo público tiene carácter universal, en la medida en que, en principio, se reconoce a cualquier persona. Así, el artículo 55 del TREBEP proclama que todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. A tal fin, las Administraciones Públicas seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen un conjunto de principios constitucionales (Publicidad de las convocatorias y de sus bases; Transparencia; Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección; Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección).

Teniendo en cuenta nuestro consolidado sistema dual de empleo público y sus contornos difusos, hay que reconocer que existen supuestos normalizados de acceso al empleo público laboral (es el caso de la subcontratación/reversión de servicios públicos y la sucesión legal del empleador; aquí no existe huida del Derecho Administrativo, sino aplicación coherente de la normativa laboral que regulada la materia con todas sus consecuencias legítimas; no existe anomalía jurídica, sino más bien una necesidad que vas más allá atendiendo a los cambios estructurales de la Administración y su personal en una Estado Social de Derecho) y supuestos decididamente anómalos o patológicos (es el caso del acceso a la condición laboral por fraude de ley, abuso de derecho y cesión ilegal de trabajadores en que incurre a menudo las Administras Públicas y las Empresas públicas o del sector público fundacional o empresarial).

En la lógica de la normalización del sistema dual -legal y realmente existente-, de lo que se trata es de dotar de coherencia al modelo y delimitar los espacios respectivos del mismo. El art. 23 CE es aplicable tanto a los funcionarios como a los trabajadores asalariados conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional. Por lo demás, el empleo público laboral constituye una relación laboral materialmente especial, por más que formalmente (esto es, desde el punto vista estrictamente legal) no aparezca relacionada expresamente como relación laboral especial en el artículo 2 del ET (por más que éste disponga que se considerarán relaciones laborales de carácter especial "cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley"; art. 2.1.l) del ET.

Ha devenido en un modelo dualista de empleados públicos (funcionarios y trabajadores asalariados). Este sistema dual de empleo público se ha consolidado fáctica y legalmente, dándose,

sin embargo, el fenómeno de una aproximación entre los regímenes reguladores de los funcionarios y del personal laboral, con elementos compartidos (y no sólo en lo relativo al Derecho colectivo/sindical de todos los empleados públicos o al Derecho de la prevención de riesgos laborales). En esta conformación del modelo se constatan las tendencias y los desafíos a los cuales se enfrente las Administraciones Públicas en la coyuntura actual (expansión del empleo público y su diversificación fenómenos vinculados a las exigencias imprimidas por el nuevo modelo de Estado Social de Derecho; la flexibilidad en la gestión en un sentido gerencial y de "gobernanza horizontal" y menos "vertical", la tensión dialéctica entre externalización/internalización, etcétera).

Con todo, lo que sí se está produciendo es un desajuste disfuncional entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral. La interrelación que se manifiesta entre el Derecho Administrativo y el Laboral en relación a esta cuestión *debería tender a articularse mejor de lo que se viene haciendo, sin duda, con el mismo objetivo fundamental compartido dentro del marco constitucional*.

En términos de conjunto nuestro modelo -no obstante las aporías que presentan las anomalías o patologías jurídicas- se ha vencido ya hacia un modelo dualista de empleo público en una dirección que sobrepasa el modelo francés clásico -de tradicional influencia en nuestro país- y se aproxima más a modelos más mixtos y flexibilizadores de organización del empleo público, sin dejar de persistir aquélla originaria influencia histórica.

2. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como con acierto se ha dicho, la temporalidad en la contratación ha sido, en España, "uno de los compañeros de viaje del Derecho del Trabajo"[3], realidad frente a la cual los poderes públicos se limitaban a articular respuestas excesivamente leves que apenas conseguían mitigar el problema[4], máxime cuando las reformas anteriores al año 2021 practicadas sobre la legislación laboral parecían 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[5].

Profundizando en el diagnóstico, resulta evidente que un alto porcentaje del empleo a término (un 24 por 100) se localizaba precisamente en el seno de las Administraciones Públicas[6], dando por buena la afirmación de que ser trabajador asalariado en el sector público implicaba una gran probabilidad de ocupar un empleo de carácter temporal[7], lo cual conllevaba, a su vez, una profunda contradicción dada la naturaleza de las actividades desempeñadas por los entes públicos que responden a una demanda estable por tratarse de servicios de interés general de naturaleza permanente[8].

Es más, las infradotaciones presupuestarias, amparadas en el art. 135 CE reformado en 2011, que prohíbe a las Administraciones Públicas incurrir en un déficit estructural superior a los

[3] TOHARIA CORTÉS, L.: *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2005, p. 3. Calificando el fenómeno como "adicción empresarial a la temporalidad", GOERLICH PESET, J. M.: "¿Es necesario revisar el marco normativo de la contratación temporal?", *Documentación Laboral*, n.º 111, 2017, vol. II, p. 19.

[4] SUÁREZ CORUJO, B.: "El fraude en el trabajo de duración determinada en las Administraciones Públicas españolas, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 61, 2017, pp. 1-2.

[5] CRUZ VILLALÓN, J.: "La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual", *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 3, 2016, p. 210.

[6] MONEREO PÉREZ, J. L.: "El abuso de la contratación temporal en el ámbito del sector público: Sentencia del TJUE 11 febrero 2021 (asunto C-760/18)", *La Ley Unión Europea*, n.º 90, 2021.

[7] FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, M. y DÍAZ FUENTES, D.: "Empleo público y temporalidad: ¿es el sector público parte de un problema?", *Temas Laborales*, n.º 102, 2009, p. 51.

[8] MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*.: *Las modalidades de contratación Estudio técnico de su régimen jurídico,* SERRANO FALCÓN, C. (Coord.), Granada, Comares, 2010, pp. 391 y ss.: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "La contratación temporal en el sector público", *Documentación Laboral*, n.º 110, 2017, vol. II, p. 29.

márgenes establecidos, conllevaron severas limitaciones al empleo estable, pero no impidieron la contratación de duración determinada, al estar autorizada "en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables"[9], vía de excepción, que no ha sido tal por su habitualidad, a través de la cual se ha permitido seguir atendiendo necesidades esenciales de los ciudadanos, pese a la amortización de cuantiosas plazas por jubilaciones[10]. Las presiones para el ahorro de costes de personal, como importante contribución para la reducción de la deuda pública, ha tenido como efecto principal el recurso a aquellas modalidades de contratación más económicas y que menor compromiso de gasto implican: las temporales, favorecidas, además, por la congelación de las ofertas públicas de empleo[11].

3. DELIMITACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO DE CARÁCTER LABORAL: AMPLIOS CONTORNOS

Partiendo del hecho cierto de que el colectivo de personal al servicio de las Administraciones Públicas se halla estructurado sobre una dualidad fundamental (funcionarios y trabajadores), no menos verdad resulta tampoco que la utilización de una u otra forma de vinculación está, en buena medida, reglada, pues existe "una opción genérica de la Constitución (art. 103.3 y 149.1.18) en favor de un régimen estatutario y la consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal previsión sean dispuestas por el legislador", de suerte que sólo se prestará trabajo por personal sometido al orden jurídico laboral cuando una ley disponga que ese es el modo de provisión de un determinado puesto[12].

Ahora bien, no cabe ocultar que desde hace décadas ha sido constante el progresivo incremento del número de laborales en detrimento de los funcionarios y personal estatutario. A esta realidad cuantitativa contribuyó, en su día, la confusa redacción de la Ley 23/1998, de 28 de julio, que modificando lo dispuesto en el art. 15 Ley 30/1984, de 1 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, aceptó de modo acrítico la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional (Sentencia 99/1987, de 11 de junio) y procedió a enumerar, con una grave falta de sistemática, los supuestos en los cuales las tareas de interés general podían ser realizadas por sujetos distintos de los funcionarios: puestos no permanentes y fijos discontinuos; los propios de oficios, vigilancia, custodia, porteo o análogos; los de carácter instrumental correspondientes a mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social; los vinculados a expresión artística y a los servicios sociales y de protección de menores; cuantos requieran conocimientos técnicos especializados de no existir cuerpos con preparación específica; los de tareas auxiliares, instrumentales y de apoyo administrativo; y, en fin, los de trámite, colaboración y auxilio administrativo en el extranjero.

En esta misma línea de confusión se mantiene el actual art. 11.2 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), que, por expresa remisión a lo previsto en el art. 9.2, pretende reservar a los funcionarios "el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas en los términos que en la Ley de desarrollo de cada

[9] MONEREO PÉREZ, J. L.: "El problema de la temporalidad en la Administración Pública y medidas equivalentes, efectivas y disuasorias para prevenir, sancionar y reparar el abuso y el ejercicio antisocial: ¿es posible declarar al empleado fijo?, *La Ley Unión Europea*, n.º 84, 2020.

[10] LÓPEZ ANIORTE, M. C.: "Límites a la proliferación del trabajo atípico y en fraude de ley en la Administración Pública", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, n.º 411, 2017, p. 27.

[11] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo", *Temas Laborales*, n.º 135, 2016, p. 121.

[12] VIDA FERNÁNDEZ, R.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas,* Tesis Doctoral dirigida por J.L. Monereo Pérez, Granada, Universidad de Granada, 15 de noviembre 2016. https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/45270/26420363.pdf?sequence=6&isAllowed=y; DESDENTADO DAROCA, E.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Albacete, Bomarzo, 2016.

Administración se establezca", utilizando una fórmula críptica que traslada del ordenamiento europeo a efectos de la admisión de trabajadores extranjeros comunitarios en la función pública nacional, cuya concreción queda al albur de la legislación de desarrollo, en referencia tanto a las leyes estatales como autonómicas[13].

Aun cuando el citado precepto aparentaba ser un mecanismo de contención, lo cierto es que no lo ha conseguido, primero, porque no existe desarrollo a nivel de Estado central; y, segundo, porque las normas de la función pública de las Comunidades Autónomas no han establecido diques relevantes, de modo que la configuración concreta de los puestos de trabajo correspondientes a funcionarios o personal laboral ha terminado no teniendo más condicionantes que la relación de puestos de trabajo de cada Administración, instrumento que ni siquiera se aplica en el caso de los contratados laborales temporales, que no deben forzosamente constar en tales catálogos sino, eventualmente, en registros de personal no permanente que no necesariamente actúan *a priori*[14].

Buena muestra del ascenso cuantitativo de los trabajadores dependientes y por cuenta ajena y puede encontrarse mayoritariamente en determinadas Administraciones singularmente las autonómicas y, sobre todo, las locales, donde casi cuatriplican la cifra de funcionarios[15], sin olvidar las acusadas manifestaciones de asalarización en determinados ámbitos relativos a la función pública profesional con una legislación específica, como sucede en el sanitario -personal médico en formación-o en el universitario -personal docente e investigador laboral-, y sin dejar de mencionar tampoco los efectivos al servicio de la Administración institucional, de la Administración instrumental, de los organismos reguladores, del sector público empresarial y fundacional o, incluso, de empresas de economía mixta[16].

4. LA TRADICIONAL MODULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD EN LOS RECLUTAMIENTOS LABORALES A TÉRMINO

Una Administración, capaz de servir con objetividad los intereses generales, precisa de unos servidores seleccionados conforme a unos criterios no subjetivos o arbitrarios, no en vano la eficacia y calidad de los servicios públicos prestados a los ciudadanos dependen de que se produzca la elección del personal más preparado[17]. Así, para acceder a la condición de funcionario, a través de una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho Administrativo, es imperativo superar un proceso selectivo efectuado a partir de criterios objetivos, no en vano todos los ciudadanos son iguales ante la ley y ante su aplicación, de manera que los poderes públicos no pueden expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros. Dichas pautas neutras deben fundarse, además, en los parámetros de mérito y capacidad, verdaderos índices de una gestión eficaz del interés de la comunidad[18].

Estos principios reconocidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE y, con la importancia que merecen, en el art. 55.1 TREBEP son, por tanto, "los pilares de la configuración de una función pública profesional, imparcial en sus actuaciones y siempre orientada al servicio, con probidad, de los

[13] DE LA VILLA GIL, L. E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", *Revista General del Derecho y de la Seguridad Social,* n.º 14, 2007, p. 4.

[14] MIÑARRO YANINI, M.: "Empleo público y contratos de `interinos': de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, n.º 384, 2015, p. 86.

[15] En julio de 2021, el personal funcionario de la Administración General del Estado alcanza un 81,75 por 100, pero esta cifra solo alcanza un 52,42 por 100 en las Comunidades Autónomas y un 32,22 por 100 en las Administraciones Locales. http://www.mptfp.es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rcp/boletin.html

[16] SALA FRANCO, T.: "El modelo español. Presente y perspectivas", en MONEREO PÉREZ, J. L.; GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.; VIDA FERNÁNDEZ, R. y SPINELLI, C. (Dirs.): *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Pamplona, Aranzadi, 2018, p.154.

[17] LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, 2ª edición, Pamplona, Aranzadi, 2009, p. 55.

[18] GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: "El derecho a la igualdad en el acceso a la función pública", *Revista de Administración Pública*, n.º 121, 1990, p. 249.

intereses generales"[19]. Adoptada la decisión, dotados los medios para proveer nuevos puestos de funcionarios y efectuada la convocatoria por el órgano competente, es en la selección de quienes van a merecer tal condición donde actúan, sin exclusión alguna posible (ni siquiera en el caso de la especie atípica de los funcionarios interinos), las exigencias constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (*merits system*), a las cuales el Tribunal Constitucional ha unido otra más, la de publicidad[20], y el art. 55.2 TREBEP adiciona, también, las de "transparencia, imparcialidad, profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones a desarrollar y agilidad, sin perjuicio de la objetividad"[21].

Ahora bien, el postulado de la igualdad de acceso y sus derivadas, también aplicables, en principio, a los trabajadores del sector público por imperativo del art. 55 TREBEP, va a sufrir, en la práctica, sutiles conculcaciones y sistemáticos desconocimientos cuando de contratación en régimen de Derecho Laboral se trata, sobre todo si lo es de carácter temporal, pues las razones de urgencia en la cobertura provisional de una determinada plaza van a modular las exigencias en la observancia de los principios constitucionales[22]. Todo el sistema de selección es amoldado a la incorporación de empleados públicos con vínculos precarios, para lo cual las Administraciones cuentan con el formidable poder de determinar en gran medida, a través de las bases de las convocatorias, los propios parámetros de legalidad de cada proceso selectivo, así como de definir y moldear los tiempos del proceso, y de designar a los miembros integrantes del órgano que interpretará y aplicará las bases y evaluará a los candidatos, asistido por la no menos maleable discrecionalidad técnica[23].

Como mero botón de muestra, mientras sólo se puede ingresar en la función pública de carrera *stricto sensu* por oposición o concurso-oposición, salvo excepción establecida por ley que debe justificarse convenientemente (art. 61.6 TREBEP), es factible, sin embargo, acceder al empleo público laboral por concurso de valoración de méritos previo a la contratación, que sin duda constituye un sistema más ágil y sencillo. Al tiempo, también la inamovilidad en la condición de funcionario conlleva un exponente de estabilidad para aquellos casos en que es conveniente una reducción del gasto de personal, mientras son generosos los términos justificativos del despido personal laboral por casusas económicas, técnicas y organizativas. Se configura así la huida hacia el Derecho Privado como una vía para rebajar las exigencias constitucionales en el momento de ingreso y como un cauce sencillo para prescindir de quienes no sean necesarios[24].

En cualquier caso -como se indicó- hay que señalar que el sistema dualista de empleo público encuentra explicaciones constitucionales y de política jurídica derivadas no sólo de anomalías, sino también de las exigencias de flexibilidad de las estructuras burocráticas de personal en el marco de un Estado Social de Derecho, que de suyo está obligado a intervenir en ámbitos que no son los propios de las funciones públicas clásicas, como el económico, social, protección social pública en distintos niveles y cultural.

[19] PUERTA SEGUIDO, F.: *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, Lex Nova, 2003, p. 84.

[20] STC 85/1983, de 25 de octubre.

[21] LAZARO, J. L.: "Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio", en DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, La Ley, 2008, p. 667.

[22] SÁNCHEZ MORÓN, M.: "Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios", en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Coord.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova, 2008, pp. 358 y ss.

[23] FERNÁNDEZ RAMOS, S.: "El acceso al empleo público", en CASTILLO BLANCO, F. A. (Dir.): R*emodelando el empleo público y la organización administrativa para garantizar el estado de bienestar*, Madrid, Iustel, 2017, p. 159.

[24] PALOMAR OLMEDA, A.: *Planificación del empleo público e instrumentos de flexibilización y racionalización*, Pamplona, Thomson-Reuters-Lex Nova, 2015, p. 23.

5. UTILIZACIÓN FRAUDULENTA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL. LA CONTROVERTIDA FIGURA DEL "INDEFINIDO NO FIJO"

Un problema adicional surge porque muchas veces el recurso a la contratación temporal por las Administraciones Públicas es utilizado de forma irregular, sin respetar los presupuestos justificativos, bien como un mero cauce de entrada de personal evitando la utilización de figuras estables, bien por la reiteración de un vínculo temporal destinado a cubrir verdaderas necesidades permanentes. Deviene necesario, pues, determinar los efectos jurídicos de tales irregularidades, tarea que no es fácil de resolver con carácter general, pues cada supuesto obrante viene singularizado por su propia casuística. No obstante, el punto de partida debe encontrarse en aquella doctrina judicial (la relativa a los "trabajadores indefinidos no fijos") que ha entrado a buscar un punto de equilibrio entre dos sectores del ordenamiento jurídico inspirados en principios distintos: el laboral fundado en el parámetro de la estabilidad en el empleo y el administrativo anclado en la necesaria observancia de los principios de mérito y capacidad que rigen el acceso al empleo público. En efecto, de aplicar el ordenamiento social en toda su extensión, la utilización fraudulenta o irregular significaría la conversión del contrato en indefinido, lo cual parece chocar con las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito y capacidad, para cuya satisfacción se prevén pruebas selectivas objetivas de acceso; de determinar, por el contrario, la nulidad contractual, quedan a salvo los citados parámetros constitucionales, pero se sanciona la irregularidad en beneficio del empleador infractor.

En estos supuestos patológico (de ilícitos atípicos, como el fraude de ley o abuso de derecho), la solución no puede residir en la estabilización del personal laboral afectado, siendo necesario buscar otras soluciones jurídicas. Sin embargo, la "solución legal" de la figura del indefinido no fijo no ha dado buenos resultados, porque no ha disuadido a las administraciones y empresas del sector público de las prácticas ilícitas de contratación; y, por otra parte, es una figura que ha planteado numerosos problemas porque nunca se la ha dado un estatuto jurídico legal, y ello ha obligado a la jurisprudencia a realizar una jurisprudencia creativa (tanto la del Tribunal Supremo como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)[25].

5.1. La complejidad de su naturaleza y régimen jurídico "jurisprudencial"

La solución no es sencilla, y así lo muestra una evolución, que tarda en adoptar una posición definitiva, fluctúa, se contradice o corrige, estableciendo, al final, una extraña distinción entre trabajadores fijos (quienes han superado las pruebas de selección) e indefinidos (convertidos en tales precisamente por irregularidades), quedando obligada la Administración a adoptar las medidas precisas para la cobertura definitiva o amortización de la plaza, causas lícitas de extinción del contrato[26].

Esta especie de originaria creación jurisprudencial encontró un reconocimiento genérico (no exento de crítica) en el art. 11.1 EBEP/2007, reiterado en el actual TREBEP, a cuyo tenor: en función de la duración del contrato, el personal laboral podrá ser "fijo, indefinido o temporal". Aun cuando la mención de este referente tuvo por objeto inicial atender a las peculiaridades del profesorado de religión que no es ni temporal ni fijo, y que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del art. 61 TREBEP, ciertamente el

[25] En este sentido MONEREO PÉREZ, J. L.: "Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral", en CASTILLO BLANCO, F. A. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs.) *et al*: *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos administrativos y laborales,* Granada, Comares, 2015, pp. 211 y ss., espec., pp. 244 y ss.

[26] ARUFE VARELA, A.: "Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: una anomalía jurisprudencial y legal", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 40, 2015, pp. 85 y ss. Un análisis completo sobre esta figura contractual hasta la fecha de su publicación en CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público,* Murcia, Laborum, 2018, espec., cap. III., pp. 81 y ss.

precepto mencionado desborda tal justificación y va a otorgar carta de naturaleza a la figura del contrato indefinido no fijo, si bien no le dota de un régimen jurídico básico delimitador de su estatuto jurídico específico[27].

Sin duda, el Derecho Social de la Unión Europea había dejado algún tipo de margen para operar la legalización del cauce de los "indefinidos no fijos", pues dos sentencias del Tribunal de Justicia vinieron a sentar que "la Directiva 1999/70, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, no se opone a una normativa nacional que, en caso de abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada por un empleador del sector púbico, excluye la transformación de éstos en contratos o relaciones laborales por tiempo indefinido, siempre que exista otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, el uso abusivo"[28].

A tenor de esta interpretación, las irregularidades y fraudes en la contratación laboral temporal en el sector público podrán determinar la declaración judicial de indefinición, pero no la declaración judicial de fijeza. El contrato pasa a ser indefinido, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de estabilidad en la plantilla porque ello no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas.Y es que los conocidos condicionantes de mérito y capacidad impiden que la integración del personal laboral afectado por un reclutamiento irregular en el sector administrativo se produzca con carácter permanente, debiendo hacerlo en calidad -permítase la reiteración- de "indefinido no fijo", *tertium genus* considerado constitucional por el máximo intérprete de la Norma Fundamental[29], que intenta cohonestar el postulado de mantenimiento en el empleo con el debido respeto a los parámetros que rigen el acceso al empleo público, a través de un contrato de naturaleza temporal, sujeto a una duración determinada -hasta la cobertura reglamentaria de la vacante o amortización del puesto-, de manera que se conoce la causa de terminación del vínculo, aunque no el momento en que tal circunstancia ocurrirá.

Se trata de empleados laborales que vagan entre la fijeza y la temporalidad, cuyo problema capital es la carencia de apoyo legislativo laboral[30], que únicamente ha encontrado relleno en las dos últimas décadas a través de variados pronunciamientos judiciales, que han ayudado a suplir las carencias legislativas, siempre bajo el prisma de evitar diferencias con los trabajadores fijos. La complicación de gestionar una figura de creación jurisprudencial con una base normativa tan escueta ha puesto de manifiesto sus limitaciones, generando durante años situaciones de insuficiente protección jurídica que los tribunales, nacionales y comunitario, han tenido que ir corrigiendo[31]. El resultado final de todo el proceso ha sido una clara evolución en el diseño de esta modalidad, con algunos de sus elementos fundamentales ya consolidados y otros no tanto, y un marcado carácter anfibológico: temporal para algunas cosas e indefinido para otras.

Cabe dar cuenta así de un largo rastro de sentencias sobre sus prerrogativas y obligaciones e incluso un solitario pronunciamiento del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 que les atribuye el derecho a la funcionarización[32]. Se ha reconocido la equiparación retributiva[33], el

[27] CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Murcia, Laborum, 2018, p. 135.
[28] SSTJCE de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros* y de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino.*
[29] ATC 122/2009, de 28 de abril.
[30] MONEREO PÉREZ, J. L.: "Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia", *Revista de Derecho Social*, n.º 67, 2014.
[31] SUÁREZ CORUJO, B.: "El fraude en el trabajo de duración determinada en las Administraciones Públicas españolas, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 61, 2017, p. 9.
[32] Rec. 4172/2005.
[33] SSTS, Social, 9 diciembre 2009 (rec. 339/09) y 17 marzo 2015 (rec. 381/2014).

derecho al complemento de antigüedad[34], el derecho a la movilidad geográfica o concurso de traslado[35], así como al desarrollo profesional, promoción[36] y reclasificación[37], debiendo hacerse extensivo a la posible participación en un plan de evaluación docente acompañado del incentivo económico derivado de un resultado positivo que ha sido reconocido para los interinos[38].

5.2. Peculiaridades derivadas de la extinción del vínculo

El vacío regulativo de este tipo de trabajador indefinido no fijo plantea importantes interrogantes en relación con la extinción contractual, surgiendo una ardua controversia en la doctrina científica y judicial sobre la vía válida para su materialización y las posibles consecuencias indemnizatorias. La resolución anticipada del vínculo como indefinido no fijo por amortización de la plaza ha ofrecido una disparidad interpretativa en sede judicial derivada de una polarización entre exigir la utilización de los artículos 51 y 52 c) TRET (despido colectivo y despido "objetivo") con el abono de la pertinente indemnización (20 días de salario por año de servicio)[39] o considerar que dicha exigencia es innecesaria al ser de aplicación el art. 49.1 b) TRET[40], entendiendo en este último supuesto que se materializa una "causa de extinción consignada válidamente en el contrato".

El Tribunal Supremo se pronunció, en un primer momento, sobre esta cuestión litigiosa considerando que la amortización de un puesto ocupado por un trabajador laboral indefinido no fijo de plantilla encuentra como causa la consignada en el contrato al amparo del art. 49.1 b) TRET, sin derecho por tanto a indemnización. Entendía el Alto Tribunal que este tipo de vínculo es una medida que sanciona el uso abusivo por parte de la Administración del reclutamiento temporal al poner fin a la sucesión contractual mediante la consolidación estable de una situación que terminará con la amortización o con la cobertura de la vacante por el procedimiento reglamentario, máxime cuando el trabajador que se encuentra en esta situación no queda indefenso, porque frente a la no convocatoria de la plaza, tiene acción para pedirla, y frente a las decisiones de amortización, tiene la posibilidad de impugnarlas[41].

Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Supremo ha matizado este criterio a la luz de la conocida como reforma laboral de 2012. No cabe olvidar que al establecer la regla de prioridad en el puesto a favor del personal laboral fijo en los supuestos de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la Ley 3/2012 evidencia, implícitamente, que para el legislador el indefinido no fijo precede al fijo en el orden de los despidos colectivos. Dicho en otros términos, parece que la disposición adicional 20ª TRET (después disposición adicional 16ª) actualmente derogada venía a sujetar la amortización de una plaza ocupada por un empleado público laboral indefinido no fijo de plantilla a las formalidades, requisitos e indemnización previstas para la extinción contractual por causas económicas, técnicas y organizativas[42]. Como ha señalado el Tribunal Supremo, tras la citada reforma de 2012, la prioridad de permanencia del personal laboral fijo frente al indefinido no fijo viene justificada por el disímil origen en el acceso al puesto de trabajo, "que, si bien no puede motivar diferencias de trato mientras la relación de trabajo subsiste, es evidente su trascendencia y justificación a la hora de extinguir el vínculo"[43].

[34] SSTS, Social, 4 mayo 2009 (rec. 1631/2008), 8 julio 2009 (rec. 2632/2008) y 20 septiembre 2016 (n.º 756/2016).
[35] STS, Social, 21 julio 2016 (rec. 134/2015). También, SAN, Social, 2 enero 2015 (proc. 276/2014).
[36] STS, Social, 2 abril 2018 (rec. 27/2017).
[37] SSTSJ. Social, Andalucía/Sevilla 22 junio 2016 (rec. 5/2016) y Andalucía/Sevilla 18 julio 2018 (rec. 5/2018). También, SSTS, Social, 21 julio 2016 (rec. 134/2015) y 2 abril 2018 (rec. 27/2017).
[38] ATJUE de 21 de septiembre de 2016, asunto C-631/15.
[39] STS, Social, 8 julio 2012 (rec. 2341/2011).
[40] STS, Social, 14 marzo 2002 (rec. 3191/2001).
[41] STS, Social, 22 julio 2013 (rec. 1380/2012).
[42] MOLINA NAVARRETE, C.: *Indemnización por cese en el empleo público: crónicas y críticas de su actualidad judicial*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 90.
[43] STS, Social, 23 noviembre 2016 (rec. 91/2016).

Se respeta, así, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, como ya consta, aun cuando expresamente admite la posibilidad de establecer exclusiones a la transformación automática en fijos de aquellos trabajadores contratados irregularmente por las Administraciones Públicas, no en vano la Directiva 1999/70 deja cierto margen de actuación a los diferentes Estados miembros a fin de transponer sus objetivos[44], la verdad es que acto seguido exige la adopción de medidas efectivas para prevenir y sancionar semejantes irregularidades[45]. Así, al albur de la interpretación realizada por el órgano judicial supranacional, el ordenamiento español quedaba forzado a establecer algún tipo de indemnización en los supuestos de extinción del contrato indefinido no fijo consecuencia de la amortización de la vacante hasta ese momento ocupada de manera irregular, reparación tasada por ley que impediría reclamar en la vía contenciosa contra la Administración por su funcionamiento anormal[46].

Ahora bien, pese a esta lógica argumentación, el Tribunal Supremo adoptó al principio una solución intermedia, reconociendo en los supuestos de amortización de la plaza ocupada por los trabajadores indefinidos no fijos el derecho a la indemnización por finalización de contrato temporal establecida en el art. 49.1 c) TRET (12 días de salario por año de servicio), para después admitir la interpretación más correcta, exigiendo la aplicación de los artículos 51 y 52 c) TRET y el pago de las cantidades correspondientes (20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades)[47]. La extinción de los contratos por amortización de las plazas supondrá, pues, el despido por causas económicas u organizativas.

En cambio, el Tribunal Supremo siguió entendiendo que si la terminación del vínculo indefinido no fijo no se produce por amortización de la plaza sino que "se lleva a cabo a causa de la cobertura reglamentaria de la vacante que ocupaba, pasando a desempeñar esa actividad en el puesto otra persona que ha superado el oportuno concurso, sujeto éste a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad…, nada tiene que ver con un despido, sino con un cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa consignada válidamente en el contrato, de conformidad con lo previsto en el art. 49.1 b) TRET", si bien reconociendo, en atención a su peculiar condición, el derecho a la indemnización prevista para la terminación de los contratos temporales en el art. 49.1 c) TRET (12 días de salario por año de servicio), al considerar que el nexo está sometido a término[48].

En la aplicación de ese montante compensatorio a los trabajadores indefinidos no fijos no dejó la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de vincular su decisión a la Directiva 1999/70, así como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que, con la perspectiva de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco (y no con la del principio de no discriminación de su cláusula 4, apartado 1), consideran que "constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos"[49].

Por tanto -y al calor de esta evolución-, el Tribunal Supremo había sentado una doctrina consolidada en la que reconocía el derecho a indemnización para la extinción de la vinculación de los indefinidos no fijos, distinguiendo en cuanto a su cuantía según la causa por la que se producía ésta: si por amortización del puesto de trabajo (cuantía equiparada a despido objetivo procedente -20 días-) o si por cobertura reglamentaria del puesto de trabajo (como terminación de contrato temporal -12 días-). Ahora bien, incidencia clara ha tenido el conocido pronunciamiento del

[44] STJCE 212/04, de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros.*

[45] STJCE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino.*

[46] VALLECILLO GÁMEZ, M. R.: "El personal `indefinido no fijo' y el principio comunitario de igualdad y no discriminación: entre tradición y renovación", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros*), n.º 404, 2016, p. 32.

[47] SSTS, Social, 18 junio 2014 (rec. 3081/2014), 24 junio 2014 (rec. 217/2013), 14 julio 2014 (rec. 2057/2013), 19 febrero 2015 (n.º 703/2015) y 19 junio 2015 (n.º 4549/2015).

[48] SSTS, Social, 31 marzo 2015 (rec. 2156/2014), 21 julio 2015 (rec. 2672/2014), 6 octubre 2015 (rec. 2592/2014), 4 febrero 2016 (rec. 2638/2014), 7 noviembre 2016 (rec. 755/2015) y 20 noviembre 2016 (n.º 1076/2016).

[49] ATJUE 11 diciembre 2014, asunto C-86/14, *Medialdea.*

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016, en el asunto De Diego *Porras* (C-596/14), que, al analizar la normativa española interna, constata su oposición a la Directiva 1999/70, pues deniega cualquier cuantía por finalización de contrato al trabajador interino por reincorporación del sustituido, mientras permite la concesión de indemnización a los trabajadores fijos comparables, de modo que "el mero hecho de haber prestado servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización" bajo la justificación de no encarecer costes [art. 49.1 c) TRET]. Por ende, es contrario al ordenamiento de la Unión Europea denegar cualquier indemnización a los interinos, llegando a identificar las causas previstas en el art. 49.1 c) TRET con las del art. 52 TRET, de manera tal que aquéllas se podrían o deberían incluir en el listado de este último precepto.

Atendiendo a este pronunciamiento de la Corte Comunitaria, en ambos casos, tanto cuando la extinción se produce por amortización como por cobertura de la plaza, la indemnización debería ser de 20 días, tal y como se reconoció en algún pronunciamiento judicial de suplicación[50], aun cuando el Tribunal Supremo tardó en reaccionar, pues en una Sentencia de 7 de noviembre de 2016[51] elude el tratamiento de esta cuestión por razones procesales al entender que la condición de demandante la asume en el supuesto enjuiciado el empresario[52].

Con posterioridad, aunque sin hacer mención a la doctrina del Tribunal Comunitario, el criterio cuantitativo de 20 días de salario por año de servicio ha sido admitido por el Alto Tribunal a partir de su sentencia de 28 de marzo de 2017[53] para un supuesto de extinción de un contrato indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la vacante al considerar, como novedad, que "parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales", de modo que la extinción "podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permitan la terminación indemnizada del contrato con 20 días de salario por año de servicio", aunque reconoce que la situación no "encaja exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el art. 52 TRET contempla", pero puede asimilarse[54].

Como puede comprobarse, este colectivo en poco más de tres años ha pasado de no percibir indemnización alguna ante esta causa de extinción, a recibir, por analogía con la finalización de un contrato temporal, primero 12 días de salario por año de servicio, y ahora 20 días de salario por año trabajado[55], sin olvidar que si el despido fuera declarado improcedente la indemnización de los trabajadores indefinidos no fijos daría derecho al percibo de la indemnización de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades si no se optara por la readmisión, tal y como ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 25 de julio de 2018, en el asunto *Verzana Ayovi* (C-96/17), que considera acorde con el Derecho Comunitario lo previsto en el art. 96.2 TREBEP.

En fin, pese a la claridad de la nueva doctrina, surgen nuevos interrogantes a la luz del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de junio de 2018, en los asuntos *Montero Mateos* (C-677/16) *y Grupo Norte Facility* (C-574/16), pues ha novado el criterio al entender justificada la diferencia sobre la existencia y cuantía de la indemnización según que la modalidad contractual sea de duración determinada o indefinida. Acoge como postulado para llegar

[50] SSTSJ, Social, Galicia 26 octubre 2016 (rec. 2059/2016) y Asturias 8 noviembre 2016 (rec. 2142/2016).
[51] Rec. 755/2015.
[52] SELMA PENALVA, A.: "Indefinido no fijo. Últimos pronunciamientos a la luz del caso Diego Porras", *Información Laboral*, n.º 7, 2017, p. 3.
[53] Rec. 1664/2015.
[54] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La jurisprudencia reciente sobre el trabajador indefinido no fijo de plantilla", *Trabajo y Derecho*, n.º 47, 2018, pp. 88 y ss.
[55] ROJO TORRECILLA, E.: "La extinción del contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *XXVII Jornadas catalanas de Derecho Social*, Barcelona 16 y 17 de febrero de 2017, p. 50.

a esta conclusión el factor de "previsibilidad" o "certeza" en cuanto a la finalización de cualquier contrato temporal, circunstancia que no concurre en los contratos de duración indefinida, en los que la extinción debe producirse por una causa no prevista al iniciarse la prestación laboral y que puede ser tanto de índole objetiva como disciplinaria. De esta previsibilidad o no de la causa extintiva deriva, además, otra consecuencia: en el supuesto de extinción por causas objetivas, la indemnización legalmente prevista está pensada sobre todo para compensar las expectativas frustradas del trabajador sobre la continuidad de su relación laboral, la cual, en realidad, debía perdurar. En cambio, tales expectativas frustradas no existen cuando un contrato de trabajo de duración determinada simplemente finaliza por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o el servicio pactado o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado. Se reconoce, por tanto, la acomodación del régimen extintivo de los contratos temporales previsto en el Estatuto de los Trabajadores a la normativa comunitaria.

En esta misma línea, se vuelve a pronunciar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 21 de noviembre de 2018, en el asunto *Diego Porras II* (C-619/17)[56], que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo en el marco del recurso de casación interpuesto a nivel nacional por el Ministerio de Defensa en el caso del mismo nombre y que, en síntesis, viene a añadir que la necesidad de abonar una indemnización por finalización de un contrato temporal no constituye por sí sola una medida suficiente para evitar el abuso en la contratación a término, reconociendo que la previsión de una indemnización para los interinos puede ser una buena medida contra el abuso, pero aclarando que puede no exigirse la misma si existe otra medida alternativa, cuestiones a valorar por los órganos judiciales internos.

Pese a estas idas y venidas, en el momento presente, es doctrina unificada del Tribunal Supremo que la extinción del vínculo de un indefinido no fijo conlleva una indemnización de 20 días tanto si se trata de una amortización como si se trata de cobertura de vacante por un tercero[57].

Sea como fuere, a resultas del TREBEP, en la Administración existirán los siguientes tipos de vínculos laborales: 1) trabajador fijo, incorporado a través de acceso libre o promoción interna (respetando los requisitos de mérito, capacidad, igualdad y publicidad); 2) trabajador temporal en los casos habilitados al efecto; y 3) trabajador indefinido no fijo sobrevenido por alguna de las circunstancias siguientes, bien por irregularidades en la contratación, bien por concertación de contratos administrativos de servicios en fraude de ley con personas físicas o sociedades unipersonales [art. 308.2 Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP)], por concatenación

[56] MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: "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,* n.º 66, 2019. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea rectificó la doctrina de diego porras con dos recientes sentencias: Caso Montero Mateos y Caso Grupo Norte Facility. Sin embargo, se dicta después la sentencia De Diego Porras II que confirma el criterio del Caso Montero Mateos y Caso Grupo Norte Facility, pero que cuestiona las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal, pudiendo tener, como consecuencia, el reconocimiento de una indemnización de doce días de salario por año de servicio para los trabajadores interinos.
Asimismo, MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: "Interinidad e indemnización extintiva como problema: finalización de la relación laboral del interino por reincorporación del trabajador al que sustituye e inexistencia de indemnización STS-SOC n.º 207/2019, de 13 de marzo", *Revista de Jurisprudencia Laboral,* n.º 4, 2019.
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2019-00000000445. Después del caos existente desde que se plasmara la interpretación jurisprudencial del TJUE en la sentencia del asunto De Diego Porras, junto a los otros dos fallos que le complementaron, sentencias Martínez Andrés y Pérez López, la doctrina del Tribunal Supremo confirma que no existe discriminación por la diferencia indemnizatoria entre un trabajador fijo -20 días de salario-, un trabajador interino -nada de indemnización- o un trabajador temporal por obra, servicio o eventual -12 días de salario.

[57] SSTS, Social, 30 de junio de 2021 (rec. 3932/2019), 29 junio 2021 (rec. 3061/2019), 30 julio 2021 (rec. 362/2019), 6 julio 2021 (rec. 2223/2018 y 157/2020) u 8 marzo 2022 (rec. 4210/2018).

de contratos temporales regulares[58], por cesión ilegal[59], por tratarse de interinos por vacante que han superado el plazo previsto en el art. 70.1 TREBEP, en virtud del cual "en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años"[60]. Además, siguiendo en esta línea de "expansión aplicativa"[61], esta figura del indefinido no fijo se extiende no sólo al ámbito estricto de las Administraciones de base territorial sino a todas las entidades públicas sometidas a derecho privado pero en las que el acceso se rige precisamente por los criterios de capacidad, igualdad, mérito y publicidad, conforme a lo establecido en la disposición adicional 1ª TREBEP[62].

Todo ello sin olvidar que recientemente el Tribunal Supremo establece una matización importante a la doctrina jurisprudencial general del indefinido no fijo por irregularidades en el reclutamiento, de manera que cuando una persona superó pruebas de acceso cumpliendo los principios de igualdad, mérito y capacidad pero no obtuvo plaza, hay que distinguir si la convocatoria se refería a plazas temporales, en cuyo caso la irregularidad deviene en indefinido no fijo, o se refería a plazas estables, en cuyo caso la irregularidad convierte el vínculo en fijo porque ya acreditó mérito y capacidad[63].

6. LAS CLAVES DE LAS REFORMAS DE 2021 Y SU INCIDENCIA EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL

Las Administraciones Públicas y entes del sector público han contribución a la expansión del empleo temporal y la normalización de la precariedad laboral. Y cabe decir que la figura del indefinido no fijo no ha evitado sino propiciado e impulsado, ha tratado de evitarse a través de dos normas capitales promulgadas bajo el impulso del diálogo social: por una parte, el 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; y, por otra, la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público[64].

La combinación de ambas reformas pretende conseguir dos objetivos fundamentales, a saber:

6.1. Estabilización de efectivos

La Ley 20/2021 pretende garantizar varios extremos:

a) En primer lugar, que el acceso al empleo público en régimen laboral cumpla sin fisuras las exigencias legales. A tal efecto, de un lado, el nuevo art. 11.3 TREBEP, reiterando los términos de

[58] SSTS, Social, 3 diciembre 2013 (rec. 816/13) y 22 julio 2015 (rec. 1380/12).

[59] SSTS, Social, 11 noviembre 2003 (rec. 3898/2002), 28 abril 2009 (rec. 66/2008), 23 noviembre 2016 (rec. 91/16) y 21 febrero 2017 (rec. 2720/15). MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M. N. y LÓPEZ INSUA, B. M.: "Cesión ilegal de trabajadores en las Administraciones Públicas", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 218, 2019, pp. 29 y ss. Con carácter más reciente, STS, Social, 18 mayo 2021 (rec. 646/2019).

[60] Siguiendo la pauta marcada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19)], SSTS, Social, 14 octubre 2014 (rec. 711/2013]. Con carácter más reciente, STS 28 junio 2021 (rec. 3263/2019).

[61] MONEREO PÉREZ, J. L.: "Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia", *Revista de Derecho Social*, n.º 67, 2014, pp. 13 y ss.

[62] Pudiendo mencionar, entre otros, Radio Televisión Española (SSTS, Social, 19 enero 2009 y 3 abril 2009), Televisión de Galicia (STSJ, Social, Galicia 28 noviembre 2008), Euskal Telebista (STSJ, Social, País Vasco 2 diciembre 2014), Correos y Telégrafos (SSTS, Social, 24 mayo 2006, 7 junio 2006, 12 julio 2006 y 4 octubre 2006), Instituto Balear de la Natura (IBANAT) (STS, Social, 2 julio 2020) o AENA (SSTS, Social, 18 junio 2020 o 1diciembre 2021).

[63] STS, Social, 25 noviembre 2021 (rec. 2337/2020).

[64] Para un estudio completo, consúltese MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.) *et al.: La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico,* ORTIZ CASTILLO, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2022.

los arts. 55 y ss., deja claro, intentando terminar con una realidad harto conocida, que *"*los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia". De otro, la nueva disposición adicional 17ª TREBEP añade que "las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades (personales y patrimoniales) que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas" (apartado 2º). Además, todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho (apartado 3º).

b) En segundo término, con el fin de alcanzar una tasa de temporalidad que no sobrepase el 8 por 100, el art. 2 Ley 20/2021 establece la ampliación de los procesos de estabilización de empleo temporal a una tercera fase. Así, adicionalmente a los procesos que regularon los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal 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 que 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.

Los procesos garantizarán el cumplimiento de los principios de libre concurrencia (sin posibilidad de convocatorias restringidas), igualdad, mérito, capacidad y publicidad, pudiendo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones en el desarrollo de los mismos. Sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, el sistema de selección será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate, pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en fase de oposición, en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1 c) TREBEP.

Se respetan, por tanto, en términos generales, las exigencias del art. 61.3 TREBEP, que es muy claro al respecto al establecer que los procesos selectivos que, incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes, sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo. En palabras del propio Tribunal Constitucional, "la finalidad de consolidar el empleo público temporal no puede considerase a priori constitucionalmente ilegítima… (en el bien entendido sentido de que) no platea problemas de igualdad la consideración como mérito de los servicios prestados, sino la relevancia cuantitativa que las bases de la convocatoria hayan dado a ese mérito concreto y, en particular, el que sea el único tenido en cuenta en la fase de concurso"[65]. Las pautas a respetar son, pues, las dos siguientes: diseñar un baremo de méritos relacionado con la función a desempeñar y no establecer tales los servicios previos como condición excluyente sino de modo proporcional.

No obstante, excepcionalmente, y por una sola vez, se admite recurrir al sistema de concurso para aquellas plazas que hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016, es decir, más de cinco años.

[65] STC 707/2003, de 2 de junio.

En fin, se prevé igualmente una compensación económica para el personal laboral temporal (o personal funcionario interino) que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización, que será equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso, debiendo entender, no obstante, que se mantiene el derecho a la indemnización si se trata de la extinción del contrato de un trabajador indefinido no fijo aunque no participe en el proceso de selección. Ello sin olvidar, a la postre, que según el art. 20.Uno.6 de la Ley de Presupuestos Generales para 2022, no computarán dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos las "plazas correspondientes al personal declarado no fijo por sentencia judicial".

c) En tercer lugar, la disposición adicional 4ª Decreto Ley 32/2021, recientemente modificada, establece dos previsiones en cuanto a la posibilidad de celebrar en el sector público contratos laborales fijos y fijos-discontinuos, dando sobradas muestras de la pervivencia de la preocupación por el control del déficit público[66]:

1.- Solo se podrán celebrar "cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tenga encomendados, previa expresa acreditación".

2.- "Sin perjuicio de la tasa de reposición establecida en la Ley de presupuestos generales del Estado vigente para cada ejercicio, si para la cobertura de estas plazas se precisara de una tasa de reposición específica, será necesaria la autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública".

Todo ello sin olvidar que el art. 1.4 Ley 43/2006, de 29 de diciembre, excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las Administraciones Públicas, de manera que no pueden beneficiarse de las bonificaciones asociadas a los programas de fomento del empleo.

6.2. Limitaciones en las posibilidades de reclutamiento temporal

Según el art. 11 TREBEP, "es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas". Hay, pues, una remisión a las vías de contratación previstas en la legislación laboral, de manera que la Administración podrá recurrir a cualquiera de las reconocidas en la actualidad en el ET: contrato indefinido, fijo-discontinuo, contratos formativos, contrato eventual y contrato de interinidad por vacante y por sustitución. Dentro de este elenco y teniendo en cuenta que tradicionalmente las Administraciones Públicas han hecho uso de tres canales de reclutamiento (obra o servicio, interinidad y eventual), cabe hacer las siguientes consideraciones:

a). Se elimina el reclutamiento por obra o servicio, mayoritario hasta el momento en este ámbito público, acompañado en muchas ocasiones de un uso fraudulento. No obstante, esta categórica prohibición, se diseñan varias vías de escape, a saber:

En primer lugar, la disposición adicional 5ª Decreto Ley 32/2021 permite celebrar contratos temporales "asociados a la estricta ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y solo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos", así como también "para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea". En todo caso, se han de respetar los "principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad". A la luz de estos caminos subrepticios, "de una manera un tanto imprecisa y poco ortodoxa", la norma laboral reenvía al régimen jurídico aplicable al nombramiento de

[66] RAMOS MORAGUES, F.: "Incidencia de la reforma laboral en el empleo público", *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, n.º extra, 2021, p. 144.

funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal previsto en el art. 10.1.c) TREBP), en la redacción dada por la Ley 20/2021 (régimen que, a su vez, viene a ser una transposición al ámbito de la función pública de los antiguos de los derogados contratos para obra o servicio determinados[67].

Cabe citar, como ejemplo, el Real Decreto 1101/2021, de 10 de diciembre, cuyo objeto de regular la concesión directa de subvenciones a las entidades del Tercer Sector para la realización de proyectos piloto de innovación e investigación que contribuyan al desarrollo de políticas públicas sobre la modernización y mejora de los servicios sociales y de los modelos de cuidado y apoyo a personas mayores, a la atención a la infancia y a personas sin hogar.

En segundo término, la disposición derogatoria única del Decreto Ley 32/2021 elimina la anterior disposición adicional 15ª en sus apartados 1 y 2 ET, que determinaba la duración máxima del contrato por obra en las Administraciones Públicas y las especialidades derivadas de la Ley de Universidades y la Ley de la Ciencia. La derogación se entiende congruente, pues ya no se permite recurrir al contrato por obra y servicio, pero las especialidades de la actividad desarrollada en estos sectores han aconsejado dos consideraciones: por un lado, entender, como no podía ser de otra manera, que en el caso de los contratos temporales de profesor universitario (ayudante doctor, contratado doctor, visitante, emérito) no se produce la conversión en indefinidos por el transcurso del tiempo al contar con una regulación ad hoc; por otro, publicar el Real Decreto Ley 8/2022, de 5 de abril, de medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral del sistema español de ciencia, tecnología e innovación, que introduce una previsión principal relativa a un nuevo contrato indefinido de actividades científico-técnicas, a celebrar con personal con título de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto, Diplomado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico, Grado, Máster Universitario, Técnico/a Superior o Técnico/a, o con personal investigador con título de Doctor o Doctora, que no va a formar parte de la Oferta de Empleo Público y se articulará a través de convocatorias públicas en las que se garanticen los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y concurrencia.

En tercer lugar, se autoriza a las Administraciones Públicas y a las entidades sin ánimo de lucro a realizar contratos para la mejora de la ocupabilidad o empleabilidad y la inserción laboral en el marco de los programas de activación para el empleo previstos en el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, con una duración máxima de 12 meses (disposición adicional 9ª Real Decreto Ley 32/2021).

En cuarto lugar, cabe dar cuenta también de la Orden TES/1152/2021, de 24 de octubre, que regula, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, un contrato temporal específico para las Administraciones Públicas, denominado "Programa de primera experiencia profesional en las Administraciones Públicas", que tiene por objetivo desarrollar un plan de primeras experiencias profesionales en el seno de los servicios prestados por las administraciones públicas. De este programa se beneficiarán personas jóvenes desempleadas mayores de 16 y menores de 30 años, cuya etapa formativa se haya completado y acreditado en lo que a conocimientos se refiere. El objetivo del programa es facilitar mediante un contrato de trabajo, la adquisición de competencias "soft", así como de habilidades sociales y profesionales -empatía, creatividad, dotes de liderazgo, capacidad de adaptación, entre otras-, relacionadas con la actitud de la persona trabajadora. A través del programa de primera experiencia, se cubrirán preferentemente puestos en tareas relacionadas con la transición ecológica y la economía verde, la digitalización de servicios, la cohesión social -la atención de la dependencia e intervención con colectivos vulnerables, la rehabilitación de entornos y vivienda-, así como el desarrollo local rural".

[67] ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la contratación temporal en las Administraciones Públicas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, p. 25.

Como no podía ser de otra manera, se mantiene el apartado 3 de la disposición adicional 15ª del ET, que se refiere al encadenamiento contractual en sus nuevos términos, de aplicación también en las Administraciones Públicas: "las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses, 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, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas. Esta previsión también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente. Asimismo, adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal". En cualquier caso, solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas.

b). Se sigue permitiendo recurrir a la modalidad contractual de interinidad con una finalidad triple a la luz del nuevo art. 15.3 ET:

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. 2ª) Completar una reducción de jornada, prevista legal o convencionalmente. 3ª) Cubrir una vacante de carácter "fijo" mientras dura el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, estableciéndose una duración máxima del contrato, cifrada en tres años, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021" (disposición adicional 4ª Real Decreto Ley 32/2021). Ahora la disposición adicional 17ª TREBEP 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: "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". Tal coincidencia ha llevado a afirmar que, en realidad, lo que se pretende es reducir la litigiosidad al atribuir *ex lege*, esto es, sin necesidad, de acudir a los tribunales, la misma compensación patrimonial[68], olvidando lo dispuesto en la disposición adicional 43ª de la Ley de Presupuestos para 2018, en virtud de la cual los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman el sector público instrumental "no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato Administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando se derive de una resolución judicial"[69].

c) Es posible recurrir al contrato por circunstancias de la producción para atender un doble entramado de situaciones (art. 15.2 ET): 1) Circunstancias ocasionales e imprevisibles (esto es, no estacionales o de temporada), en cuyo caso la duración no podrá ser superior a seis meses. 2) Circunstancias ocasionales y previsibles (aún estacionales o de temporada) pero de muy reducida duración, que no superen los 90 días al año -distribuidos como mínimo en dos períodos-, pudiendo utilizarse para cubrir vacaciones.

[68] SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La temporalidad en el sector público tras la Ley 20/2021 de 28 diciembre", https://elderecho.com/la-temporalidad-en-el-sector-publico-tras-la-ley-20-2021-de-8-diciembre

[69] ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la contratación temporal en las Administraciones Públicas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, p. 21.

6.3. Derogación de la regulación del despido por causas empresariales

La anterior disposición adicional 16ª ET, derogada por el Real Decreto Ley 32/2021, regulaba el despido colectivo (y objetivo) en el sector público, territorial e institucional, reconociendo su aplicación por los cauces de los artículos 51 y 52 c) ET y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas[70]. Al tiempo, establecía un régimen jurídico asentado una particular definición de las causas justificativas[71] solo para determinados entes del sector público regulados en el art. 3.2 LCSP[72]. Mientras una empresa privada tendrá que acreditar unos resultados de los que se desprenda una situación negativa, en casos tales como la existencia de "pérdidas actuales" o "previstas", o la "disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas", si se trataba de una Administración había que atender a otros síntomas, localizados por la derogada disposición adicional 16ª ET en el estado de las fuentes financieras: una situación de "insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes"[73], esto es, un desequilibrio entre ingresos previstos y gastos conformados en el presupuesto, distinguiendo, por tanto, "entre presupuestación y caja porque una cosa es tener crédito y otra tener dinero para pagarlo"[74]. Y ello porque los ingresos de la Administración no dependen de las fluctuaciones de la demanda en el seno de un mercado competitivo, sino de la planificación presupuestaria que prevé una financiación, de posible incremento o reducción por la vía impositiva, y unos gastos, que también dependen de la voluntad de la Administración[75]. En todo caso, se entendió que la insuficiencia presupuestaria era persistente si se producía durante tres trimestres consecutivos[76]. Por otra parte, se entendió que concurrían causas técnicas, cuando se produjeran cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se

[70] MORENO VIDA, M. N.: "Despidos colectivos y ERTEs por causas económicas o de reorganización en el empleo público", en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2001, p. 505.

[71] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*, Madrid, Iustel, 2013. pp. 66 y ss.

[72] En concreto: "a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local. b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social. c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes. d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera. l) A los efectos de esta Ley, se entiende que también forman parte del sector público las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación".

[73] CRUZ VILLALÓN, J.: "Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones públicas", *Revista de Derecho Social,* n.º 49, 2010, p. 17.

[74] PALOMAR OLMEDA, A.: "El despido colectivo en el ámbito del sector público: primeras consideraciones", *Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2012, p. 3.

[75] ROJAS RIVERO, G. P.: "La reforma laboral 2012 en las Administraciones Públicas", *Revista del IVAP*, n.º 4, 2013, pp. 60 y 64 ó MOLINA HERMOSILLA, O.: "Balance de la aplicación de la reforma laboral en materia de despidos colectivos en la Administración", *Relaciones Laborales,* n.º 10, 2013, p. 67.

[76] Con mayor detalle, el art. 35.2 Real Decreto 1483/2012 entendió que existía insuficiencia presupuestaria "sobrevenida y persistente" cuando concurrieran, acumulativamente, las siguientes circunstancias: "a) Que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario, y b) Que los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por 100 en el ejercicio corriente o en un 7 por 100 en los dos ejercicios anteriores. A estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las rebajas efectuadas en el presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en la fase de ejecución presupuestaria". La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de mayo de 2015, declaró que el criterio reglamentario suponía una desviación del criterio legal, sustituyendo un dato material o sustantivo, como es la imposibilidad de financiar los servicios públicos encomendados, por un dato puramente formal. TRILLO PÁRRAGA, F.: "El despido del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas", *Revista de Derecho Social,* n.º 57, 2012, p. 169.

produjeran cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público[77].

Cierto es que, en un primer momento y a la vista del tenor legal, fueron muchas las entidades del sector público que se lanzaron a hacer uso de los recursos extintivos que la Ley 3/2012 trataba de facilitar, pero también muchos han sido los pronunciamientos que han declarado los despidos no ajustados a derecho o simplemente los han anulado, con los consiguientes efectos económicos que ello ha hecho derivar para los empresarios públicos afectados[78]. Esto ha provocado un lógico efecto de cautela en la puesta en práctica de estas medidas extintivas.

Sea como fuere, la derogación de la disposición adicional 16 ª ET plantea la duda de si los entes del sector público pueden acudir o no a la vía del despido objetivo y colectivo, razón por la cual caben dos posturas. Una, prohibitiva. Otra, permisiva, más acertada acudiendo a un doble argumento:

Por un lado, la Directiva 98/59, sobre aproximación de legislaciones en materia de despidos colectivos, excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores de las Administraciones Públicas o de las instituciones de Derecho Público [art. 1.2 b)], crítica que ha sido salvada entendiendo que el hecho de que la Directiva no afecte a los trabajadores públicos no impide que los ordenamientos de cada Estado miembro puedan establecer en su territorio la aplicación del despido colectivo, ni entraña colisión alguna con la posible afectación de los despidos a los trabajadores de este ámbito. Lo que la exclusión prevista en la Directiva supone, en tanto que se trata de una norma que fija directrices que los Estados miembros vienen obligados a trasponer, es, precisamente, que las soberanías estatales no tienen la obligación de aplicar el contenido de la Directiva en el sector público, pero no implica que no puedan contemplar en su normativa interna el reconocimiento de la aplicación del despido colectivo en el sector público si así lo consideran conveniente.

Por otro, el art. 7 TREBEP, que regula el sistema de fuentes aplicable al personal laboral, en virtud del cual "el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan". Solo hay una previsión específica en el TREBEP referida a despidos, pero se centra en el disciplinario, donde el art. 96 TREBEP establece que "el despido disciplinario del personal laboral sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban… Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave".

Admitiendo, por tanto, la posibilidad de recurrir a los despidos por causas empresariales en el sector público, el problema radica en que la definición de las causas, el sistema de cómputo de los trabajadores afectados y el procedimiento articulado por el art. 51 ET y el Reglamento de desarrollo aplicable al sector privado no encaja con las especialidades de los entes públicos, lo cual va a dificultar la instrumentación de medidas de este tipo, máxime cuando el art. 52 e) ET tampoco está previsto para las Administraciones Públicas, pues establece que: "en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista", el despido queda justificado "por la

[77] ROQUETA BUJ, R.: "La extinción de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito público", en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.): *La Administración en un contexto de crisis*, Pamplona, Aranzadi, 2012, p. 528 o LALAGUNA HOLZWARTH, E.: "Despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en la Ley 3/2012", *Aranzadi Social*, n.º 6, 2012, p. 11.

[78] Por todas, STS, Social, 26 junio 2014 (rec. 219/2013).

insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate"[79].

Por lo demás, se mantiene la vigencia de la disposición adicional 17ª ET, en virtud de la cual "lo previsto en el art. 47 no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos, obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado". No caben, por tanto, Ertes suspensivos ni de reducción de jornada[80]. Para determinar si una entidad de financia mayoritariamente con ingresos, de cualquier naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, "se tendrá en cuenta que la entidad no esté clasificada como Administración Pública en el inventario de entes del sector público estatal, autonómico o local, de conformidad con los criterios de contabilidad nacional, de acuerdo con la información disponible en el portal web del Ministerio de Hacienda". Y en caso de que la entidad no figure en el correspondiente inventario, deberá justificarse por la entidad la presentación ante el citado ministerio de la solicitud de inclusión en el mismo (disposición adicional 3ª Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre)[81].

Así pues, tras la expansión de la pandemia por la covid-19 y la declaración del estado de alarma, el Real Decreto Ley 8/2020 introdujo la posibilidad de que las empresas pudieran solicitar Ertes por fuerza mayor o por causa económica, técnica, organizativa o de producción. De tal posibilidad han quedado excluidas las Administraciones Públicas por no entrar en el ámbito subjetivo del art. 47 ET. Así lo reconocen la Sentencia del Juzgado de lo Social de Vitoria de 27 de mayo de 2020 (núm. 63/2020) en relación con una sociedad mercantil pública en la que el capital social pertenece en más del 50 por 100 al Ayuntamiento de Vitoria y el Auto del Juzgado de lo Social número 1 de León de 12 de mayo de 2020 (núm. 22/2020) en relación con el Ayuntamiento de Valverde de la Virgen. El personal laboral de las Administraciones Públicas cuyas actividades se hubieran interrumpido y no pudieran realizar teletrabajo quedaron protegidos a través del art. 48 j) TREBEP, que reconoce un permiso "por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal".

7. EXTERNALIZACIÓN DE FUNCIONES DE INTERÉS GENERAL: EL EMPLEO PÚBLICO INDIRECTO

La temporalidad en la contratación también ha quedado vinculada a la tipicidad de las técnicas de descentralización productiva que no se limita al sector privado, sino que también ha penetrado y cuenta ya con general y fuerte implantación en el sector público, en el que llega a estar presente en casi todas sus actividades, tanto en las precisas para el funcionamiento ordinario de las entidades que lo componen (vigilancia, limpieza de locales, mantenimiento de instalaciones y equipos, gestión administrativa, etc.), como en las precisas para dispensar a los ciudadanos las prestaciones o servicios inherentes al Estado del Bienestar: sanidad, educación y servicios sociales.

Se puede advertir que el contrato administrativo con empresas contratistas o concesionarias, que aportan sus medios humanos y materiales a la prestación de la encomienda pública asumida, ha pasado a ocupar un lugar muy destacado en el quehacer de las Administraciones como decisión imprescindible en muchas ocasiones si se quiere lograr la contención del déficit público reduciendo gastos en personal y la ansiada eficiencia en la dispensa del servicio a favor de los ciudadanos al

[79] LÓPEZ CUMBRE, L.: Los efectos de la reforma laboral en el empleo público", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* n.º 24, 2012, p. 22.

[80] PURCALLA BONILLA, M. A. y PRECIADO DOMÉNECH, C. H.: "Extinción del contrato de trabajo versus suspensión y reducción de jornada en el Real Decreto Ley 3/2012", *Aranzadi Social,* n.º 2, 2012, p. 9: ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: "La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo", *Aranzadi Social,* n.º 6, 2005, pp. 38 y ss.

[81] TREVIÑO PASCUAL, M.: *Procedimientos de despido colectivo en las Administraciones Públicas*, Albacete, Bomarzo, p. 11.

menor coste posible[82]. La propia limitación temporal de los contratos administrativos comportaba que los trabajadores al servicio del empresario adjudicatario sean contratados a través de tipologías contractuales de duración determinada, de manera que mediante el recurso a este fenómeno se asiste a una suerte de "sustitución de lo que debería ser empleo de carácter indefinido ligado a la propia Administración por un empleo temporal a través de la empresa privada que se hace cargo de la prestación del servicio público"[83], posibilidad a día de hoy vetada.

La reforma de 2012 impulsó una permisiva regulación de las contratas y subcontratas [art. 42 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)][84], que posibilitaba el recurso al reclutamiento temporal, normalmente a través del contrato por obra o servicio vinculado a la duración de la relación mercantil o administrativa[85]. La reforma de 2021 impide, empero, recurrir a este cauce 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[86], 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.

Además, 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 *impulsadas en este caso por adjudicadores públicos, "siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa" (nuevo art. 16 ET), en cuyo caso 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 la 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"* (noventa días).

Ahora bien, tampoco cabe olvidar que la finalización de la contrata o la minoración de su volumen sin posibilidades de continuidad seguirá justificando la posibilidad de extinguir los contratos de trabajo vía despido colectivo u objetivo[87], lo cual provocará únicamente la sustitución

[82] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español", *Temas Laborales*, n.º 25, 2014, p. 56.

[83] SANGUINETTI RAYMOND, W.: "Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo", *Revista de Derecho Social*, n.º 39, 2007, p. 23.

[84] MONEREO PÉREZ, J. L.: "La subcontratación empresarial. Valoración crítica del modelo de subcontratación laboral en España", MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.) *et al: La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial. Aspectos laborales y de Seguridad Social,* Granada, Comares, 2018, pp. 341 y ss.; y pp. 1-22.

[85] MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N. y LÓPEZ INSUA, B. M.: "La descentralización productiva a través de la subcontratación en el sector público y vicisitudes subrogatorias", *Revista de Derecho Social,* n.º 85, 2019, pp. 13 y ss.; CALVO GALLEGO, F. J.: "Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público", *Temas Laborales,* n.º 114, 2012, p. 114.

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

[87] SSTS, Social, 28 abril 2015 (rec. 1016/2014) o 12 junio 2008 (rec. 1725/2007).

de la indemnización anterior de doce días de salario por año de servicio por otra mayor de veinte días de salario por año de servicio.

En fin, resta por recordar que no son infrecuentes supuestos en los cuales las Administraciones Públicas deciden revertir contrataciones con empresas privadas. A tales efectos, el nuevo art. 130.3 LCSP prevé que "en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general" (no pacto extraestatutario, ni acuerdo de empresa)[88].

Así pues, el art. 130.3 LCSP trata de evitar que las entidades públicas procedan a incorporar voluntariamente plantilla procedente de la empresa privada que cesa en el servicio sin estar obligadas a ello por una disposición legal (art. 44 ET o norma de reestructuración), de modo que las Administraciones Públicas no pueden subrogarse en la posición empresarial de forma libre y voluntaria en aquellos casos en que no concurren los presupuestos aplicativos de la sucesión de empresa a no ser que cuenten con un específico amparo legal por transmitirse "conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria", en la medida que ello podría significar el incumplimiento de los principios de igualdad, capacidad y mérito que rigen el acceso al empleo público. Esta nueva previsión de la LCSP es la que había sido acogida previamente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado[89], la Abogacía del Estado[90], el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales[91] y algunas sentencias del orden contencioso-administrativo[92] y queda además corroborada por lo dispuesto en el art. 308.2 LCSP, en virtud del cual "a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante"[93].

La concurrencia del requisito de transmisión de infraestructura material como paradigma del tipo *normativo* (no exclusivo en el supuesto de hecho normativo, pues en su textura abierta también comprende el cambio de titularidad de empresas desmaterializadas atendiendo a ciertas circunstancias concurrentes) exigido por el art. 44 ET[94] ha sido analizada recientemente por tres sentencias del Tribunal Supremo referidas concretamente a supuestos de reversión de la actividad tras finalizar la contrata:

Por un lado, la aludida Sentencia de 19 de septiembre de 2017[95], que entiende que concurre la obligación de subrogación por el Ministerio de Defensa dada la transmisión de elementos de infraestructura material de la organización significativos e imprescindibles para llevar a cabo la actividad transmitida, en este caso el servicio de restauración (frigoríficos, congeladores, hornos y

[88] Entre otras, STS, Social, 22 mayo 2000 (rec. 2892/1999).
[89] Informe 31/1999, de 30 de junio de 1999.
[90] Dictamen de 29 de junio de 2005.
[91] Resolución 75/2013, de 14 de febrero, y 965/2015, de 23 de octubre.
[92] SSTS, Cont-Adm, 16 marzo 2015 (rec. 1009/2015), 8 junio 2016 (rec. 1602/2015) ó 18 junio 2019 (rec. 702/2016).
[93] MONEREO PÉREZ, J. L.: "Los procesos de externalización y reversión de servicios públicos", en MONEREO PÉREZ, J. L., GONZÁLEZ DE PATTO, R. M., VIDA FERNÁNDEZ, R. y SPINELLI, C. (Dirs.): *El empleo público: puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Pamplona, Aranzadi, 2018, pp.323 y ss., en particular, 329-330 y 338 y ss.
[94] MONEREO PÉREZ, J. L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 186 y ss., y 198 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario,* Madrid, Ibidem ediciones, 1999, cap. II ("El paradigma laboral de empresa transmisible en Derecho interno y comunitario: el objeto de la transmisión en la normativa sucesoria laboral"), pp. 17-122.
[95] Rec. 2629/2016.

utensilios) y cocinas con independencia de que estos medios siempre hubieran sido propiedad de la Administración.

Por otro, la Sentencia de 26 de septiembre de 2017[96], en virtud de la cual la empresa Renfe decide recuperar los servicios de información y atención al cliente y servicios auxiliares de uno de sus centros de trabajo (intensivos en recursos humanos) que se habían venido prestando a través de una contrata, pasando a prestar estos servicios con sus propios trabajadores, por lo que no se hace cargo de ningún trabajador de la empresa contratista, la cual procede a cesar por causas objetivas a los trabajadores que estaban prestando dichos servicios. El Alto Tribunal considera que la reversión de la contrata no implica sucesión de empresa ni, por lo tanto, obligación de subrogación con base en los siguientes tres argumentos: a) la empresa revierte determinados servicios que había externalizado y que descansan esencialmente en la mano de obra, pero no consta transmisión de medios o infraestructura material; b) tampoco consta que haya incorporado a su plantilla el núcleo mayoritario de trabajadores de la contratista; y c) la transmisión no tiene por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular, no en vano la identidad de la entidad económica controvertida descansa esencialmente en la mano de obra y no puede mantenerse si el cesionario no se hace cargo de la mayor parte de la plantilla.

En fin, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2022[97], que reconoce que tras la reversión del servicio al Ayuntamiento de Andoain, éste no debe subrogarse en los contratos de los trabajadores que estaban adscritos al mismo. Nos encontramos con una actividad (en este caso de limpieza viaria) que descansa básicamente sobre la mano de obra y que, tras la reversión al Ayuntamiento demandado, éste pasa a prestarla en su integridad con su propio personal municipal y medios, sin que finalmente figure constatada la transmisión de éstos. El Ayuntamiento no asume tampoco a una parte significativa de la plantilla del personal laboral de la empresa concesionaria o contratista (si lo hubiera hecho se estaría ante un caso de "sucesión de plantilla", que es un supuesto de cambio de titularidad de empresa laboral "desmaterializada" encuadrable, con todas sus consecuencias, en la Directiva 2001/23/CE y en la normativa de interna de transposición principalmente, a saber, el vigente art. 44 ET y normas concordantes). La entidad económica (organización empresarial de textura abierta, pues comprende tanto a las transmisiones de empresas "materializadas" como a empresas "desmaterializadas"), basada fundamentalmente en los trabajadores como parte de la organización, no mantiene su identidad si el nuevo empresario que prosigue con la actividad no se hace cargo de una parte esencial o significativa de esos trabajadores o empleados[98].

Por su parte, el Tribunal Europeo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un supuesto de reversión de servicios públicos locales, donde una empresa municipal, cuyo único accionista es un *municipio*, se disuelve mediante acuerdo del órgano ejecutivo de ese municipio, y cuyas actividades se transfieren parcialmente a dicho municipio y pasan a ser ejercidas directamente por éste, y parcialmente a otra empresa municipal reconstituida a tal fin, de la que el propio municipio es el único accionista (asunto Piscarreta Ricardo)[99], recordando que para que proceda la subrogación, aunque afecte a un trabajador en excedencia, es necesario que la transmisión recaiga sobre una unidad económica que mantenga su identidad tras su adquisición por el nuevo empresario y que para valorar esta exigencia "deberán tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la trasmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de

[96] Rec. 3533/2015.
[97] Rec. 84/2022.
[98] Reitera doctrina de las SSTS 8 junio 2021 8rec. 30004/2018) y 16 julio 2020 (rec. 123/2019).
[99] MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: "La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: Derecho europeo y sucesión (caso Piscarreta Ricardo)", *La Ley Unión Europea,* n.º 53, 2017.

los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades"[100].

Todo ello sin olvidar que el art. 130.3 LCSP prevé la obligación de subrogación de la Administración en los supuestos de reversión no sólo cuando derive de una norma de rango legal en referencia a lo previsto en el art. 44 ET sino también cuando lo disponga "un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general"[101]. Ahora bien, las cláusulas convencionales sectoriales a favor del traspaso de trabajadores en el supuesto de sucesión de contratas no pueden ser, sin más, de aplicación cuando la gestión del servicio revierte a la Administración u otro ente administrativo, en tanto dicha regulación convencional únicamente podría afectar a las empresas incorporadas al ámbito personal del convenio, pero nunca a empleadores en él no incluidos[102]; es decir, el convenio colectivo "ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación"[103], razón por la cual la subrogación incorporada en una norma paccionada no obligaría a la Administración[104]. La empresa concesionaria o contratista es, pues, quien debe proceder a la extinción de los contratos y al abono de las indemnizaciones, máxime cuando el Tribunal Supremo ha cambiado doctrina en relación con la posibilidad de que en alguna Corporación Local de escasas dimensiones fuera el convenio colectivo de sector el que regulara las condiciones de trabajo de los trabajadores no funcionarios[105].

Cabe plantear el interrogante relativo a si la LCSP da soporte legal a la posibilidad de que los convenios de las Administraciones Públicas y sus empleados laborales pueden incluir cláusulas de subrogación respecto de los trabajadores de las anteriores empresas contratistas en los supuestos de reversión. En primer lugar, podría deducirse que la no afectación de estos últimos por los instrumentos de negociación previstos en el TREBEP implicará el carácter no obligatorio para ellos, debiendo estar a los efectos de una subrogación contractual que requiere el consentimiento de los trabajadores, exigencia que en la práctica no supondría problema alguno para el colectivo de trabajadores y menos aún para la empresa cedente que, aunque no le vincula el convenio, evitaría así

[100] STSJCE de 20 de julio de 2017, asunto C-416/16.

[101] Hay que tener en cuenta que la sucesión de empresa no sólo se puede producir por la vía de transmisión de infraestructura productiva, sino también por sucesión de plantillas, sea por convenio colectivo, o sea por asunción de una parte significativa de la plantilla de la empresa contratista o concesionaria. Sobre esta problemática puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: *"Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional* -«ex convenio colectivo sectorial». La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo", en *La Ley Unión Europea*, n.º 65, 2018; 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), n.º 22, 2019. https://doi.org/10.24965/gapp.i22.10630; 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,* Cruz Villalón, J., González Posada Martínez, E., y Molero Marañon, M. L. (Dirs.), Lahera Forteza, J. y Murcia Clavería, A. (Coords.), Albacete, Bomarzo, 2021, pp. 491 y ss. El criterio fue mantenido originariamente por 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,* n.º 7, 1986, pp. 9-43. Sobre el concepto de "entidad económica organizada", véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, Madrid, Ibidem Ediciones, 1999. 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", *Relaciones Laborales,* n.º 7, 1986, pp. 9-43.

[102] Entre otras, STS, Social, 22 mayo 2000 (rec. 2892/1999).

[103] STS, Social, 28 octubre 1996 (rec. 566/1996).

[104] SSTS, Social, 21 abril 2015 (rec. 91/2014) y 28 marzo 2018 (rec. 940/2016).

[105] STS, Social, 6 mayo 2019 (rec. 409/2018).

la eventual extinción de los contratos y el pertinente pago de las indemnizaciones. Ahora bien, aceptar esta hipótesis implicaría que las Administraciones Públicas, a través de la autonomía colectiva, pueden comprometerse voluntariamente con los representantes de los empleados públicos -en supuestos extramuros del art. 44 ET-a integrar en su plantilla al personal asalariado de las empresas contratistas sin la debida observancia de los principios de mérito y capacidad reconocidos en la CE ni de los procedimientos selectivos previstos en el TREBEP, de manera que el convenio vulnera la norma constitucional y otra de rango legal de derecho necesario absoluto[106]. Por la misma razón tampoco podría admitirse un acuerdo sobre materias concretas a nivel de la propia Administración o uno de sus centros, ni tampoco un acuerdo interprofesional, supuesto este último en el que se une además una falta de asociaciones más representativas de empleadoras públicas o la imposibilidad de afiliarse a las ya existentes, ni tampoco, a la postre, un acuerdo sectorial público, donde también es muy difícil instrumentar la representatividad por la parte empleadora[107].

Dentro de los contornos señalados, surge, a la postre, una duda sustancial sobre la cualidad en la que se produce tal incorporación, en los casos en los que efectivamente proceda, sin que la categoría de "personal indefinido no fijo" sea una solución satisfactoria a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[108], pues no aseguran adecuadamente el principio de estabilidad en el empleo. Sin embargo, recientemente el Tribunal Supremo ha rectificado doctrina previa en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 28 febrero 2022[109], donde se aborda la decisión de una Corporación Municipal de subrogarse en el contrato de trabajo de una trabajadora de una empresa privada (asistencia domiciliaria), pero advirtiendo que no podía reconocer la fijeza preexistente, ya que no había superado pruebas para acceder a un empleo público, correspondiendo la consideración como "personal indefinido no fijo". El Alto Tribunal entiende, sin embargo, que cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter fijo, debe mantenerse esa condición y no es adecuado imponer la categoría de personal indefinido no fijo porque no concurre ninguna irregularidad que avale esta conclusión. Ahora bien, introduce un importante matiz: la fijeza no está adquirida incondicionadamente en todo el ámbito de la Administración empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión y sin perjuicio de que puedan acaecer otro tipo de vicisitudes a posteriori.

8. PROYECCIONES DE UN FUTURO EN CONDICIONES DE INCERTIDUMBRE

La reducción de la temporalidad de los empleados públicos, al que responden las reformas operadas a finales de 2021, forma parte de un sólido compromiso incorporado al componente 11 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia presentado por el Gobierno el 13 de abril de 2021 para la utilización de los instrumentos comunitarios de financiación Next Generation, lo cual merece una valoración positiva.

---

[106] YAGÜE BLANCO, S. y ALTÉS TÁRREGA, J.: "Reversión de contratas públicas y sucesión de empresas a la luz de las nuevas LCSP y LPGE 2017", *Comunicación presentada en el XXXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela 2018. Opinión diversa a la de estos autores, admitiendo la posibilidad de que la Administración pueda comprometerse a través de un convenio colectivo propio o de un acuerdo de empresa a asumir al personal si decide recuperar el servicio, ROQUETA BUJ, R.: *El empresario público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Pamplona (Aranzadi), 2018, p. 175; MAURI MAJÓS, J.: "Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal", *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 43, 2017, pp. 98 y ss.

[107] YAGÜE BLANCO, S. y ALTÉS TÁRREGA, J.: "Reversión de contratas públicas y sucesión de empresas a la luz de las nuevas LCSP y LPGE 2017", *Comunicación presentada en el XXXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela, 2018.

[108] SSTJUE de 13 de junio de 2019, C-317/18, asunto *Catia Correia Moreira y Municipio de Portimao,* 11 de febrero de 2021, C-760/18, asunto Agios Nikolaos y 3 de junio de 2021, C-726/2019, asunto *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*.

[109] Siguiendo las pautas marcadas por la STJUE de 13 de junio de 2019, C-317/18, asunto Moreira. SELMA PENALVA, A.: "Reversión de servicios públicos: últimos pronunciamientos", Net 21, n.º 11, 2022 https://www.net21.org/reversion-de-servicios-publicos-ultimos-pronunciamientos/

Ahora bien, sin desmerecer el calado de esta necesaria intervención normativa máxime cuando en los próximos años se espera una avalancha de jubilaciones, no cabe olvidar que una prestación eficiente de los servicios de interés general que asegure el bienestar de los ciudadanos exige una serie de cambios adicionales, que pasan por la digitalización de los todos procesos administrativos mediante la consolidación en el uso de las nuevas tecnologías, la correcta atención a los usuarios a la hora de resolver sus problemas, el impulso a la descarbonización energética de las dependencias públicas, así como de un mayor control en la utilización de los recursos públicos acompañado de una mejor rendición de cuentas. Una intervención trasversal y ordenada del legislador capaz de dar respuesta a todas estas exigencias no debe de demorarse, dispensando especial atención a la dignificación del determinante papel a desarrollar en condiciones laborales dignas por los efectivos públicos, punto clave de una buena Administración que ha de perseguir el interés general dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho.

En definitiva, y con mayor amplitud de miras, la Administración del futuro exige un replanteamiento apegado a las necesidades reales de la población y a su vocación de servicio a la sociedad, donde primer un modelo de recursos humanos anclado en la profesionalidad y excelencia, de manera que la estabilidad no solo se manifieste en el empleo sino también en una esperanza de carrera bien secuenciada capaz de detectar desviaciones y corregirlas[110] en el marco de una política decidida y rigurosa de captación y retención del talento[111]. Como ha se ha hecho notar, "si los ajustes actuales son inevitables, la reformas en profundidad son necesarias para el futuro de este país"[112].

[110] PALOMAR OLMEDA, A.: "Las políticas públicas de emergencia en la gestión de los recursos humanos", en CASTILLO BLANCO, F. A. (Dir.): *La reforma del sector público*, Sevilla, Instituto García-Oviedo, 2014, p. 211.

[111] GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: "La contratación flexible en el empleo público: luces y sombras", en MONEREO PÉREZ, J. L., GONZÁLEZ DE PATTO, R. M., VIDA FERNÁNDEZ, R. y SPINELLI, C., (Dirs.) *et al*: *El empleo público: puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Pamplona, Aranzadi, 2018, p. 240.

[112] SÁNCHEZ MORÓN, M.: "Ajustes y reformas en el empleo público", en RODRÍGUEZ-CAMPOS, S. (Dir.): *El empleo público en tiempos de reformas*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 37.

Estudios Doctrinales

Laborum

El trabajo digno y la propuesta de diligencia debida de las empresas impulsada por la Unión Europea bajo la óptica de la igualdad de género y las migraciones

Decent work and the due diligence proposal of companies promoted by the European Union from the perspective of gender equality and migration

FERRAN CAMAS RODA *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Director de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la Universidad de Girona*
https://orcid.org/0000-0002-6450-7869

Cita sugerida: CAMAS RODA, F. "El trabajo digno y la propuesta de diligencia debida de las empresas impulsada por la Unión Europea bajo la óptica de la igualdad de género y las migraciones". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. núm. 3 (2022): 45-61

Resumen

El objeto de este trabajo es abordar el análisis de la Comunicación que la Comisión Europea ha adoptado con fecha de 23 de marzo de 2022 *sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa a escala mundial y una recuperación sostenible* en función de dos parámetros: la acogida de la perspectiva de género en sus propuestas, y el tratamiento de los trabajadores migrantes. En este sentido, se realiza un estudio sobre la propuesta de diligencia debida de las empresas en el marco de las cadenas de suministro global, y se analiza si integran el principio de igualdad de género, así como también los derechos de los migrantes, ya que tanto mujeres como inmigrantes son colectivos especialmente presentes en estas cadenas. Junto a ello, el trabajo también afronta la cuestión del favorecimiento de las migraciones legales de carácter laboral impulsadas por la Unión Europea.

Palabras clave

Trabajo digno; perspectiva de género; trabajadores migrantes; diligencia debida; cadenas de suministro global

Abstract

The purpose of this paper is to analyse the Communication adopted by the European Commission on 23 March 2022 *on fair work worldwide for a fair global transition and sustainable recovery* in terms of two parameters: the inclusion of a gender perspective in its proposals, and the treatment of migrant workers. In this regard, a study was carried out on the due diligence proposal of companies in the framework of global supply chains, and an analysis was made of whether they integrate the principle of gender equality, as well as the rights of migrants, given that both women and immigrants are groups that are particularly prevalent in these chains. In addition, the paper also addresses the issue of the EU's promotion of legal labour migration.

Keywords

Fair work; gender perspective; migrant workers; due diligence; global supply chains

1. INTRODUCCIÓN

Las crisis que se van sucediendo desde el año 2008, cuya renqueante recuperación fue seriamente afectada por la pandemia de la Covid-19, que en plena transición hacia la normalidad a través de un esfuerzo histórico por parte de la Unión Europea debe afrontar el aún incalculable, pero seguro, daño en la esfera económica y social de la guerra de agresión rusa de Ucrania. Estas cuestiones, unidas a la profundas transformaciones en el modo de trabajo y de vida que impone la crisis climática, el proceso de envejecimiento demográfico de la sociedad europea, o el cambio tecnológico y digital que abocan a una nueva revolución industrial, llevan a tener la certeza de que

Fecha Recepción: 24/05/2022 - Fecha Revisión: 04/06/2022 - Fecha Aceptación: 04/06/2022
Pags. 45-61

el modelo de trabajo en el que se sustentan nuestras sociedades ya está experimentando cambios de envergadura, pero a su vez debe basarse en los criterios mínimos y universalmente aceptados sobre lo que es un trabajo decente o digno, más aún cuando este valor se ha convertido en un objetivo de desarrollo sostenible como al efecto va a comprobarse a continuación.

La Agenda 2030 de Naciones Unidas, cuyo objetivo principal y primero es la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, suma otros quince entre los cuales, el número 8, busca "promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos", reconociéndose así que el acceso a un empleo y el trabajo decente son garantías para salir de la pobreza y construir un modelo de crecimiento económico sostenible.

Con la referencia al trabajo decente, Naciones Unidas asumía como objetivo el valor impulsado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de forma inicial en 2001 con la Memoria del Director General de la Oficina Internacional del Trabajo titulada *Reducir el déficit de trabajo decente - un desafío global*, en el que se le definía como una aspiración universal de la gente y para el desarrollo de los países para conseguir un trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Entre esos déficits mundiales ya se detectaba una oferta de empleo insuficiente, una protección social inadecuada, la denegación de derechos en el trabajo y deficiencias en diálogo social. En todo caso, esta iniciativa de la OIT sobre trabajo decente ya empezó a tener sus primeros frutos en la Unión Europea (UE) a través de la Comunicación de la Comisión Europea de 2006 sobre *Promover un trabajo digno para todos. Contribución de la Unión a la aplicación de la agenda del trabajo digno en el mundo*[1], de la que se tratará posteriormente, como también se hará de la *Resolución del Parlamento Europeo sobre la promoción de un trabajo digno para todos* de 23 de mayo de 2007[2]. Debe hacerse notar que la noción utilizada en inglés en ambos instrumentos jurídicos europeos sigue siendo la utilizada por la OIT en ese idioma, la de "decent work", si bien, en la traducción de esa documentación al español, se utiliza la "trabajo digno". La primera observación que deriva de ello es la equivalencia de ambas naciones al ser traducidas, *decent work* con *trabajo digno*, si bien, en mi parecer, es importante la carga de profundidad que supone la utilización de la categoría conceptual de dignidad en la adjetivación del trabajo. A diferencia del concepto de decencia, o de trabajo decente, del que efluye una connotación ética en la conformación de la relación al trabajo, la dignidad de éste es un principio esencialmente jurídico, incluido en normas supremas nacionales y de la UE como fundamento de los derechos que contienen, y, por tanto, como límite en el uso de éstos[3].

En todo caso, con la adopción en 2008 por la OIT de la *Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa*, se configuró al trabajo decente como un referente de las políticas sociales y económicas de sus miembros, las cuales, según la Declaración, debían plasmarse en unos específicos objetivos estratégicos, verdaderos asideros que permiten hacerlo reconocible y ejes del Programa de Trabajo decente impulsado por la OIT. El primer objetivo a perseguir es la promoción del empleo a través de la creación de un entorno institucional y económico sostenible; el segundo, la adopción y ampliación de medidas de protección social que sean sostenibles y adaptadas a las circunstancias nacionales; el tercero, el diálogo social y el tripartismo como objetivo estratégico y también instrumental al resto; y finalmente, como cuarto objetivo estratégico, el de respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Este último implica para los miembros de la OIT la transposición de los principios básicos enunciados en la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998*, que son la libertad de asociación; la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de

[1] Bruselas, 24.5.2006. COM(2006) 249 final

[2] Referencia: (2006/2240(INI)): https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2007-0206_ES.html

[3] Para un desarrollo de esta temática, véase CAMAS RODA, F.: *Trabajo decente e inmigrantes en España. Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente,* Huygens, 2016, pp. 39 y ss.

negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. En relación con este último derecho fundamental, se ha de destacar que la propia Declaración de 2008 declara que el principio de la igualdad de género y no discriminación "deben considerase cuestiones transversales en el marco de los objetivos estratégicos antes mencionados".

La integración del principio o valor del trabajo decente de la OIT como Objetivo de Desarrollo Sostenible hace que aquél se incorpore como un elemento central de las políticas de los Estados miembros para implementar la agenda y de ésta misma para realizar su plan marco de erradicar la pobreza. A los efectos de este trabajo, considero necesario traer a colación varias de las metas específicas que Naciones Unidas anuda a la consecución del Objetivo núm. 8 sobre trabajo decente y crecimiento económico: por un lado, la meta 8.5, que a mi parecer tiene carácter sustantivo más que instrumental, conforme a la cual, con la vista puesta en el 2030 debe lograrse un empleo pleno y productivo y garantizar un trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, y la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor. En este ámbito, debe traerse a colación que en el Informe sobre el *Estado del Trabajo Decente en el Mundo*, de 7 de octubre de 2019[4], se hizo especial hincapié en que las mujeres reciben una remuneración 20% inferior a la de los varones por un trabajo de igual valor, así como que la tasa de fuerza subutilizada, es decir, las personas que buscan empleo pero no están disponibles para incorporarse a uno, es más elevada en el caso de las mujeres (11%) que en el de los hombres (7,1%).

Por otra parte, la meta 8.8, que persigue "proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios". Debe destacarse esta meta por cuanto es la única referencia explícita y literal de los Objetivos de desarrollo sostenible, aunque ello no la hace menos importante, a los "trabajadores migrantes"; y junto a esta constatación, una para mí también muy interesante y que la pone en conexión con el 8.5 antes mencionado, es que se pida el respeto de los derechos laborales y en especial su seguridad y salud laboral, en particular "de las mujeres migrantes"; sin que lo diga, posiblemente la Agenda está pensando no únicamente en el reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación en razón de sexo de las trabajadoras migrantes (aspecto que ya queda incorporado en la meta 8.5 antes referenciada), sino más en concreto en los problemas que supone la intersección de la categoría de mujer con la de migrante, más cuando la combinación de ambas ocupa en el ámbito internacional una importante porción del trabajo en el sector del servicio doméstico y además, como aspecto a tener muy en cuenta en materia de trabajo digno, en su importancia en, y para, las cadenas mundiales de suministro.

La conjunción de los objetivos estratégicos de la OIT respecto del trabajo decente con su asunción por la Agenda de Desarrollo sostenible llevó a que la OIT, en su informe del Trabajo Decente en el Mundo de 2019, le otorgase una definición general y condensada entendiendo por tal "el acceso a un empleo con derechos y sin discriminación, en condiciones seguras y saludables, con una remuneración suficiente para vivir dignamente y con protección social". Además de las falta de igualdad de género al que se ha hecho referencia, dicho informe detectaba los factores que imposibilitaban su reconocimiento: la elevada tasa de desempleo en el ámbito mundial, especialmente de los jóvenes; la economía informal; la pobreza y la desigualdad empezando por la sufrida en el mercado de trabajo; los déficits de seguridad y salud en el trabajo; las largas jornadas laborales de muchas personas en el mundo; la insuficiencia de la retribución salarial; la brecha digital; el trabajo infantil; el trabajo forzoso; la necesidad imperativa de la transición energética para implementar el Acuerdo de París de 2015 de limitar el calentamiento global a dos grados centígrados con respecto a los niveles preindustriales así como la transición justa para la creación de

[4] Día del Trabajo Decente 2019. Estado del Trabajo Decente en el Mundo. 7 octubre. Organización Internacional del Trabajo.

empleos; y finalmente el reto de las tendencias demográficas y empleo. En este informe no se abordó la cuestión del trabajo de los migrantes como un factor esencial de nuestras sociedades, a no ser para hablar de la diversidad de tendencias demográficas y empleo entre países en un mundo desigual, para concluir, justamente, que ello presiona hacia las "migraciones laborales". En conclusión, creo que la definición que se hace en dicho informe sobre el trabajo decente debería haber contenido alguna referencia explícita a la perspectiva de género, justamente partiendo de que la igualdad de género es una cuestión transversal en el trabajo decente, como al efecto reconoce la OIT, así como también una mención específica a los trabajadores migrantes por su especificidad e importancia en el ámbito mundial, y en la UE en especial, ante la importancia que ha emergido de su presencia ante el estallido de la crisis de la Covid-19, pandemia posterior por cierto a las iniciativas que hemos comentado.

Uno de los principales pasos que la UE ha dado para llevar a término los compromisos de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas ha sido la adopción de la Comunicación de la Comisión sobre *El Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales*, de 2021[5]. En dicha Comunicación, la Comisión europea insta a los Estados miembros a favorecer los criterios laborales internacionales, el trabajo digno y la inclusión social a escala mundial, así como a trabajar para cumplir con la Agenda 2030 de las Naciones Unidas y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, con la estrecha colaboración de los interlocutores sociales y la sociedad civil. Respecto a la propia UE, la Comisión se compromete en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales a adoptar una Comunicación sobre el trabajo digno en todo el mundo en el segundo trimestre de 2021 que, con casi nuevo meses de retraso respecto del plazo comprometido, ha tenido finalmente su plasmación con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico Social Europeo, de 23 de marzo de 2022, *sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa a escala mundial y una recuperación sostenible*[6] (en inglés, "on decent work world wide for a global just transition and a sustainable recovery"), cuyo análisis es uno de los principales objetivos de este trabajo. El otro, es el análisis de la propuesta de Directiva *sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*, que se adopta junto con aquella Comunicación.

Ambas iniciativas van a ser objeto de tratamiento en este trabajo en sus líneas generales, aunque la perspectiva que se va a utilizar para ello es la de filtrar su contenido en función de dos parámetros básicos de nuestro tiempo, que a mi juicio deben presidir cualquier análisis sobre la constatación del logro de un trabajo digno en el ámbito mundial: por una parte, la perspectiva de género en cuanto factor esencial y definitorio de un mercado de trabajo inclusivo y de calidad; y por otra, el proceso histórico de migraciones laborales al que nos aboca el s. XXI, básico para el equilibrio social en el ámbito mundial pero también para el mantenimiento de la sociedad occidental y sus prestaciones derivadas del Estado del Bienestar tal y como los conocemos, para cuya presencial y aportación los trabajadores migrantes son pieza esencial. Paso a desarrollar el porqué de ello en los siguientes apartados.

2. ENFOQUE INTEGRAL DE TRABAJO DIGNO Y DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS

Siguiendo el mismo orden estructural que, por ahora, sigue este mismo trabajo, tras la introducción la Comunicación de la Comisión Europea titula su segundo apartado "Un enfoque integral para promover el trabajo digno en todo el mundo". El objetivo del enfoque integral de la UE es la promoción efectiva del trabajo digno para todos y, de forma específica, "dicho enfoque aborda los grupos vulnerables y desfavorecidos, como los niños y los jóvenes, los trabajadores de más edad, los trabajadores migrantes, las personas con discapacidad, las minorías étnicas y los trabajadores de

[5] Bruselas, 4.3.2021 (COM (2021) 102 final)

[6] Bruselas, 23.2.2022. COM(2022) 66 final: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022DC0066&from=ES

la economía informal", añadiendo que "también tiene por objeto promover la igualdad de género, en particular a través del empoderamiento económico de las mujeres, aumentando la participación de las mujeres en el mercado laboral en todos los sectores y a todos los niveles y garantizando la igualdad de retribución para un mismo trabajo".

Según la Comisión europea, este enfoque integral también se refiere a los trabajadores de los mercados nacionales de terceros países y de las cadenas de suministro mundiales, e incluye a todas las partes interesadas pertinentes: gobiernos, interlocutores sociales, sociedad civil, agentes empresariales y consumidores. La primera plasmación de ello sería el lanzamiento a la vez de la propia Comunicación, de la propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad[7], y la actual revisión del Plan de acción de quince puntos sobre comercio y desarrollo sostenible en la política comercial de la UE.

Respecto de la propuesta de Directiva sobre la diligencia debida, se trata de adoptar un instrumento jurídico vinculante respecto de las cadenas de valor mundiales. Su objeto principal es el de dotar a determinadas empresas en razón de su constitución a la legislación de un Estado miembro de la UE o no, que cumplan con determinadas condiciones en relación al número de empleados o de generación de importantes volúmenes de negocios, de obligaciones de diligencia debida en relación a los "efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente" de sus propias actividades, de las actividades de sus filiales y de las actividades de la cadena de valor de las entidades con las que dichas empresas mantengan una específica relación comercial definida por la propia futura directiva (véase el art. 1).

Como principales caracteres a reseñar, se ha de empezar por expresar que pese a disponer la Directiva de un alcance amplio respecto a su aplicación a las empresas en relación a su constitución, conforme a la legislación de la UE o de un tercer país, afectando también a las actividades de la cadena de valor con las que aquellas mantengan relaciones comerciales especificadas por la Directiva, lo cierto es que las condiciones establecidas respecto de las empresas concernidas respecto al volumen de empleo y de negocios para ser afectadas por los deberes de diligencia debida europea restringe mucho el ámbito subjetivo de la norma europea[8].

Junto a lo anterior, debe destacarse que la propuesta de Directiva europea atribuye a los Estados miembros el deber de velar para que las empresas ejerzan la diligencia debida "en relación con los efectos adversos, reales y potenciales", sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

Por efectos adversos para los derechos humanos, la propuesta de Directiva considera como tales aquellas consecuencias negativas para las personas protegidas resultantes del incumplimiento de alguno de los derechos o las prohibiciones enumerados en la Parte I, Sección I del Anexo y consagrados en los convenios internacionales que figuran en la lista de la parte I, sección 2 del Anexo. Por tanto, yendo al Anexo, este contiene dos partes, la primera parte se divide en dos secciones, la primera sobre *Violaciones de derechos y prohibiciones incluidas en los acuerdos internacionales sobre derechos humanos* (sección I), y la segunda sobre *Convenios sobre derechos humanos y libertades fundamentales* (sección II). Por tanto, la lesión de las violaciones de derechos

[7] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, Bruselas, 23.2.2022 - COM(2022) 71 final - 2022/0051(COD): https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0071&from=EN

[8] CESE (Borrador de opinión sobre el Trabajo decente en el mundo; documento preparatorio para la preparación de la Audición Pública del CESE sobre esta temática el 4 de mayo de 2022, ya citada): Según este material inédito que este autor utiliza para realizar este trabajo, el CESE valora favorablemente, como un hito jurídico-social importante, que la CE haya presentado la propuesta de Directiva para garantizar, mediante un instrumento normativo vinculante, y que los derechos humanos, entre ellos los derechos sociales y laborales, así como el medio ambiente, sean protegidos de forma efectiva en las cadenas globales o mundiales de suministro (cadenas de valor). Sin embargo, el CESE constata que su ámbito de aplicación no es suficientemente ambicioso, porque deja fuera de su aplicación directa a la gran mayoría de las empresas establecidas en Europa, y a todas las PYMES.

y prohibiciones de la sección I, consagradas en los convenios de la sección II, se considera efecto adverso y por tanto habilita la activación de las obligaciones de diligencia debida.

En todo caso, esos "efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente", conforme dice el ya visto art. 1 de la propuesta de Directiva, pueden derivar tanto de las propias actividades, como de las actividades de sus filiales y de las actividades de la cadena de valor de las entidades con las que dichas empresas mantengan una específica relación comercial definida por la propia futura directiva. La realización de acciones de diligencia debida por las empresas a las que se aplica el precepto, y por tanto la salvaguarda de derechos que están reconocidos por la legislación internacional contenida en el Anexo de la Propuesta, no se ciñen solo a su cumplimiento dentro de la UE, sino que su protección va a tener efectos más allá de aquella, para reconocerse también en las cadenas de valor de empresas fuera de la Unión.

Con esos fundamentos subjetivos (las empresas a las que les sería aplicable la Directiva) y objetivos (la potencialidad o la realidad de efectos adversos en Derechos humanos o medio ambiente de sus actividades o de las entidades que con aquellas tengan determinadas relaciones comerciales), el art. 4 de la propuesta regula las denominadas como acciones de diligencia debida. En este sentido, obliga a los Estados miembros a velar para que las empresas lleven a cabo, conforme a los preceptos específicos que las desarrollan en la Directiva, acciones de integración de la diligencia debida en sus políticas; de detección de los efectos adversos reales o potenciales de los Derechos humanos y el medio ambiente; de prevención y mitigación de los efectos adversos potenciales, así como eliminación de los efectos adversos reales y minimización de su alcance; de establecimiento y mantenimiento de un procedimiento de denuncia; de supervisión de la eficacia de su política y sus medidas de diligencia debida; y de organización de una campaña de comunicación pública sobre diligencia debida.

Para finalizar, cabe mencionar que la Propuesta de Directiva diseña las obligaciones de los Estados de designar una o varias autoridades supervisoras para control el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, y establece un sistema de responsabilidad civil por los daños causados por el incumplimiento de las acciones de diligencia debida, que según la primera doctrina sobre este asunto se configura básicamente como una obligación de medios[9].

3. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL MARCO DE LA ACCIÓN DE LA UE POR UN TRABAJO DIGNO

Los diversos análisis que se han realizado sobre los efectos de la pandemia de la Covid-19 han puesto al descubierto el retroceso en la igualdad de género y de oportunidades entre hombres y mujeres, con ampliación de la brecha salarial y de pensiones en la pandemia[10]. Según los informes de los miembros nacionales en materia de género de la Red Europea de Expertos en Derecho de la Igualdad y la No Discriminación, la reacción de algunos gobiernos ha sido la de adoptar una perspectiva parcial de género sobre la pandemia, al tiempo que se aprobaban medidas sociales y económicas de gran alcance[11]. En este sentido, se ha considerado que esta perspectiva parcial suele basarse en la idea de que el género sólo tiene una relevancia limitada en el mercado laboral, lo que

[9] GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: "El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de *sostenibilidad*. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo", Trabajo y Derecho, n.º 88, 2022. En su estudio de la Propuesta de Directiva, la autora además llama la atención por la ausencia de una mención específica a la perspectiva de género o a la protección de grupos en situación de especial vulnerabilidad, pp. 16-23.

[10] CASAS BAAMONDE, M. E: "El Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la Covid-19. ¿Y después?". Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Políticas y Morales de la Académica Exma. Sra. Dª María Emilia Casas Baamonde. Sesión del día 30 de noviembre de 2021, p. 21: https://www.racmyp.es/docs/academicos/674/discurso/2022-11-30_-_discurso_ingreso_racmyp_de_dona_maria_emilia_casas_baamonde.pdf

[11] BÖÖK, B., VAN HOOF, F., SENDEN, L. y TIMM, A.: "Gendering the COVID-19 crisis: a mapping of its impact and call for action in light of EU gender equality law and policy", *European Equality Law Review*, European network of legal experts in gende requality and non-discrimination, n.º 2, 2020.

es una idea errónea ya que el género no es marginal en el mercado laboral, así por ejemplo la mayoría de los cuidadores que con la crisis de la Covid-19 se han revelado como "esenciales" son mujeres; de hecho, el mercado laboral está profundamente marcado por el género y, de cara al futuro, todas las políticas sociales y económicas deberían tenerlo en cuenta[12]. En conclusión, el marco de la progresiva recuperación de la epidemia la igualdad de género debe ser vista como un factor sustancial, y parcial o complementario de las medidas a tomar para resolver los efectos sociales y económicos que se vienen arrastrando desde hace varios años[13].

No sólo ello, sino que más allá de la cuestión específica del género, se ha constatado también que las respuestas de emergencia de los gobiernos a la crisis, así como las de las instituciones internacionales, han afectado de forma desproporcionada a grupos ya desfavorecidos, aumentando las desigualdades por motivos de raza, etnia, género, edad y discapacidad, y afectando especialmente a las personas que se encuentran en las intersecciones de estas categorías, es decir, las peores consecuencias de la crisis laboral, económica y social derivadas de la Covid-19 se han cebado en mujeres que se han enfrentado a desigualdades que van más allá de las basadas en el sexo -por ejemplo, debido a su edad, raza o etnia, religión, orientación sexual, discapacidad o estatus de residencia-, dado que el riesgo de aumento de la violencia, así como el mayor riesgo de infección debido a la falta de acceso a la asistencia sanitaria o a las condiciones de vida de hacinamiento, se ven exacerbados por estos factores cruzados[14]. En consecuencia, las respuestas políticas sensibles al género deberían tener en cuenta estos diferentes impactos y adoptar un enfoque inter-seccional y de justicia social y del mercado de trabajo más amplio para abordar eficazmente estos aspectos, así como las crecientes desigualdades entre las mujeres menos cualificadas y las más cualificadas.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su art. 8, que dice que "En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad", constituiría un buen fundamento para integrarla perspectiva de género en todas las acciones que se lleven a cabo, siguiendo al efecto la estrategia que ha plasmado la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*, adoptada el 5 de marzo de 2020. Lanzada justo antes o en los albores de la mayor parte de las decisiones estatales de confinamiento en la UE por la expansión de la pandemia de la Covid-19, se establece que "la Comisión reforzará la integración de la perspectiva de género mediante su inclusión sistemática en todas las fases del diseño de las políticas en todos los ámbitos de actuación de la UE, tanto internos como externos. La estrategia se aplicará utilizando la interseccionalidad -la combinación del género con otras identidades o características personales y la forma en que estas intersecciones originan situaciones de discriminación singulares- como principio transversal".

3.1. Tendencias en la integración de la perspectiva de género en la promoción del trabajo digno

La Resolución del Parlamento Europeo, *sobre la promoción de un trabajo digno para todos*, de 23 de mayo de 2007, ya citada anteriormente, había invitado a la Comisión y a los Estados miembros a integrar las dimensiones de género y de desarrollo en todas las políticas y programas que promuevan el trabajo digno y pedía a los Estados miembros que garantizasen igualdad de oportunidades de trabajo digno para hombres y mujeres, no sólo desde el punto de vista del acceso

[12] BÖÖK, B., VAN HOOF, F., SENDEN, L. y TIMM, A.: "Gendering the COVID-19 crisis: a mapping of its impact and call for action in light of EU gender equality law and policy", op. cit, pp. 22 y ss.

[13] Véanse las consideraciones de CASAS BAAMONDE, M. E: "El Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la Covid-19. ¿Y después?", ya citada, pp. 21 y ss.

[14] BÖÖK, B., VAN HOOF, F., SENDEN, L. y TIMM, A.: "Gendering the COVID-19 crisis: a mapping of its impact and call for action in light of EU gender equality law and policy", *European Equality Law Review*, European network of legal experts in gende requality and non-discrimination, *op. cit*. 4.

al trabajo o de la promoción, sino también en lo que se refiere al nivel salarial. No solo ello, sino que también la Resolución, dentro de la promoción de un trabajo digno, también constataba la importancia de otras situaciones de discriminación, en particular la marginación de ciertas minorías por motivo de religión o raza constituye un obstáculo a la consecución de trabajo digno para todos en la UE y pedía por consiguiente a los Estados miembros que aún no lo hubieran hecho a que traspusieran la *Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*.

Con ese antecedente, conviene retener la atención en la Comunicación de 23 de marzo de 2022 *sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa a escala mundial y una recuperación sostenible: c*omo se ha hecho referencia anteriormente, la Comunicación de la Comisión Europea hace referencia a que el enfoque integral que acoge para promover el trabajo digno en todo el mundo, también tiene por objeto promover la igualdad de género, añadiendo que su objetivo es promover los principios y derechos fundamentales en el trabajo, así como otras normas internacionales del trabajo, en particular mediante la ratificación y la ejecución efectiva de los convenios actualizados de la OIT y la promoción de la igualdad de género.

También se avanza en la Comunicación que su enfoque está en consonancia con el *Llamamiento mundial a la acción de la OIT*. Se ha de traer a colación, entonces, la Resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo el 17 de junio de 2021 sobre el *Llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la Covid-19 que se inclusiva, sostenida y resiliente.* Esta resolución se hacía eco de que la crisis había afectado de forma desproporcionada a colectivos desfavorecidos y vulnerables y a las mujeres, debido entre otras causas a que han estado sobrerrepresentadas en los sectores más afectados; muchas de ellas siguen trabajando en primera línea, sosteniendo los sistemas del cuidado, las economías y las sociedades, y ocupándose además de la mayoría de las actividades del cuidado no remuneradas, lo que, según la OIT "pone de manifiesto la necesidad de que la recuperación tenga una perspectiva de género".

Como resultado se ello, la Resolución de la Conferencia declara que los Gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores asumían el compromiso de situar el objetivo del empleo pleno, productivo y libremente elegido y el trabajo decente, las necesidades de las personas más vulnerables y más afectadas por la pandemia, y el apoyo a las empresas sostenibles, el empleo y los ingresos en el núcleo de estrategias "con una perspectiva de género".

A juicio de lo que va a verse, llama la atención que pese a la afirmación de la *Comunicación sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa a escala mundial y una recuperación sostenible* está en consonancia con el Llamamiento de la Conferencia Internacional del Trabajo, en los primeros frutos que desprende, en particular la propuesta de diligencia debida de las empresas, se desconoce la integración de la perspectiva de género. En el marco del apartado de la Comunicación de la Comisión sobre la promoción del trabajo digno en el mundo, se expresa que la UE seguirá reforzando su estrecha cooperación con la OIT, con el objetivo de promover los principios y derechos fundamentales en el trabajo, así como otras normas internacionales del trabajo, en particular mediante la ratificación y la ejecución efectiva de los convenios actualizados de la OIT y la promoción de la igualdad de género. En todo caso, no se hacen más referencias a la necesidad de integrar la perspectiva de género más allá de considerarla como una cuestión transversal a los objetivos de trabajo decente.

3.2. El estado de la cuestión en la propuesta sobre diligencia debida de las empresas

Si nos centramos en el análisis de estas obligaciones de diligencia debida, se confirmar la ausencia de cualquier referencia expresa a su ejecución en función de la perspectiva de género. Las acciones o deberes de diligencia tanto en materia de Derechos humanos como respecto del medio ambiente, debida están regulados en forma neutra, lo que puede provocar que se hagan invisibles las condiciones de vida y de trabajo de las mujeres, tanto desde un punto de vista general como

específicamente respecto de su presencia en las cadenas de suministro globales. Respecto del primero, cabe retener las advertencias que un Grupo de expertos de la Asamblea General de Naciones Unidas lanzó en 2019 en el sentido que las mujeres están excesivamente representadas en el trabajo informal, ocasional y a tiempo parcial en todo el mundo, y advertía que dado que las políticas de comercio e inversión suelen ser neutrales en cuanto al género, tienden a exacerbar las discriminaciones existentes contra las mujeres[15]. Así, los efectos negativos de la explotación de los recursos naturales, la evasión de impuestos, las medidas de austeridad y la privatización de los servicios públicos también afectan a las mujeres de manera diferente y desproporcionada. A su vez, enfatizaba que las mujeres también están sobrerrepresentadas en las cadenas de suministro de numerosas industrias, donde son más vulnerables a la explotación y los abusos[16]. Por esa razón, en el Informe del Grupo de expertos de la Asamblea General de Naciones Unidas se adoptaban unas Directrices de género para los principios rectores sobre las empresas y los Derechos humanos para que todas las empresas respetasen los derechos humanos de las mujeres. En este sentido, una de esas directrices (17) establece que "las empresas deben integrar expresamente una perspectiva de género en todas las etapas de los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos que pongan en práctica para cumplir los Principios Rectores".

También ha sido visto así por la UE. Como manifiesta la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, que incluye recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa[17], "los efectos adversos en los derechos humanos, el medio ambiente y la buena gobernanza no son neutrales en lo que atañe al género". Y en este sentido, anima a las empresas "a integrar la perspectiva de género en sus procesos de diligencia debida. Pueden encontrar orientación al respecto en el folleto de la ONU Perspectiva de género de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos", al que anteriormente se ha hecho referencia.

Ha sido constatado por estudios relativos a la presencia de mujeres trabajadoras en las cadenas de suministro globales que las economías impulsadas en muchas regiones del mundo por la exportación dependen de la explotación de las trabajadoras como ventaja comparativa, lo que lleva a que la atracción de trabajadoras mal pagadas, menos sindicalizadas y más "flexibles" (o desesperadas) ha impulsado grandes beneficios en la cadena de suministro mundial[18]. De hecho, las marcas multinacionales de sectores como la confección y el textil, el calzado, la electrónica de consumo, los juguetes y la automoción, pero también las telecomunicaciones (por ejemplo, los servicios de call-centers), la alimentación y las bebidas -por nombrar sólo algunos- se han beneficiado de la mano de obra barata y de las regulaciones medioambientales y laborales a menudo débiles que imperan en muchas economías en desarrollo, constituyendo en algunos casos las trabajadoras el grueso de la mano de obra en las fábricas de bienes y en las explotaciones agrícolas que producen para las cadenas globales de suministro[19]. También se ha advertido en relación a las formas contemporáneas de la esclavitud, que las trabajadoras de las cadenas de suministro global

[15] ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS: *Dimensiones de género de los principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos. Informe del Grupo de trabajo sobre la cuestión de los Derechos Humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. 24 de junio a 12 de julio de 2019.

[16] ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS: *Dimensiones de género de los principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos. Informe del Grupo de trabajo sobre la cuestión de los Derechos Humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. 24 de junio a 12 de julio de 2019. El Informe hace referencia en este punto a un estudio del Danish Institut for Human Rights: Women in Business and Human Rights, 2018).

[17] Referencia. 2020/2129(INL).

[18] BOURKE MARTIGNONI, J. y UMLAS, E.: *Gender-responsive Due diligence for Business Actors*, Academy Briefing, The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, 2018: https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Academy%20Briefing%2012-interactif-V3.pdf

[19] BOURKE MARTIGNONI, J. y UMLAS, E.: *Gender-responsive Due diligence for Business Actors*, *op. cit*., pp. 14 y ss.

"son especialmente vulnerables a la explotación en ciertos sectores, dado el nexo de la discriminación y la desigualdad de género"[20].

Cuestión que aún es más punzante cuando al factor género se le cruza la categoría de migrante, ya que el aislamiento y de dependencia económica y social en las que pueden encontrarse muchas de estas mujeres las hace aumentar su exposición a todo tipo de acoso sexual y otras violaciones de sus derechos básicos. Por esa razón, también resulta necesaria la promoción de que un enfoque de género en la toma de decisiones por parte de los Estados y las empresas en materia de diligencia deba tener en cuenta el carácter cruzado de la discriminación[21].

En conclusión, la integración de la perspectiva de igualdad de género en materia de diligencia debida no ha sido incorporada como referente de las acciones que la ejecutan, pese a que algunas iniciativas del Parlamento Europeo lo habían tomado en consideración, por ejemplo la *Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, sobre la gobernanza empresarial sostenible*[22], en la que al tratarse del deber *de diligencia de los consejeros y medidas adicionales para lograr que la gobernanza empresarial esté más orientada a la sostenibilidad, el Parlamento Europeo opina* que las estrategias podrían incluir también una política interna en materia de salarios justos basada en un salario digno por país, una política de igualdad de género y una política que garantice que los derechos de los trabajadores se integren mejor en las actividades empresariales.

Esas referencias tampoco han sido asumidas globalmente en la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida, exceptuando la prohibición de discriminación por razón de sexo, incluida la producida en materia de salarios. Como se ha avanzado anteriormente, por efectos adversos a los Derecho humanos y al medio ambiente se consideran las consecuencias negativas para las personas (de forma neutra, por tanto), resultantes del incumplimiento de alguno de los derechos o las prohibiciones enumerados en la Sección II de la Parte I del Anexo de la propuesta de Directiva, y consagrados en los convenios internacionales que figuran en la Sección II de la propia Parte I.

En relación a la cuestión de la igualdad de género y la discriminación por razón de sexo, debe reseñarse que como violación prohibida en la sección I se encuentra la relativa a "la prohibición de trato desigual en el empleo, a menos que lo justifiquen los requisitos del puesto de trabajo, de conformidad con los artículos 2 y 3 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre igualdad de remuneración, 1951 (n.º 100), los artículos 1 y 2 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n.º 111) y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la desigualdad de trato incluye, en particular, el pago de una remuneración desigual por un trabajo de igual valor". A su vez, en la sección II de la parte I, aparecen listados como convenios básicos y fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo que consagraría aquella prohibición de la sección I, el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n.º 111) y el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100).

Por tanto, en la propuesta de Directiva únicamente se asume la no discriminación por razón de sexo en relación a los Convenios mencionados como impacto adverso en materia de Derechos humanos; en todo caso, las obligaciones de diligencia debida que deben desplegarse no integran la perspectiva de género para poder evitar y eliminar esos efectos negativos.

4. TRATAMIENTO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN LAS INICIATIVAS DE TRABAJO DIGNO DE LA UE

Al tratar anteriormente la Agenda 2030 de Naciones Unidas, se ha puesto de manifiesto la vinculación entre desarrollo sostenible y erradicación de la pobreza, el trabajo decente y los

[20] BOURKE MARTIGNONI, J. y UMLAS, E.: *Gender-responsive Due diligence for Business Actors*, *op. cit*., pp. 14 y ss.
[21] BOURKE MARTIGNONI, J. y UMLAS, E.: *Gender-responsive Due diligence for Business Actors*, *op. cit*., pp 63.
[22] Referencia: 2020/2137(INI).

trabajadores migrantes, en particular a los efectos de proteger sus derechos laborales, en particular las mujeres. A mi modo de ver, esa triple conexión ampara la realización de políticas y de normativas internacionales y nacionales que promuevan el tratamiento igual y no discriminatorio respecto de los trabajadores en el mercado de trabajo, pero también la dotación de instrumentos que canalicen el acceso de los trabajadores migrantes a los Estados de destino. A este último objetivo tiende, por cierto, el Pacto de Naciones Unidas sobre una Migración segura, ordenada y regular de 2018[23].

Una visión sinóptica de las relaciones de trabajo y de migración en el mundo, que se configure con los valores propios del trabajo decente y de desarrollo sostenible, como son la creación de empleos de calidad, el respeto de derechos laborales y protección social para todos y el interés de la aportación de los migrantes tanto para los Estados de empleo como de origen, impone que se adopten medidas normativas y políticas que favorezcan su movilidad y su integración en el mercado de trabajo al que accedan. Ya en el 2006, la Comunicación de la Comisión Europea titulada *Promover un trabajo digno para todos. Contribución de la Unión a la aplicación de la agenda del trabajo digno en el mundo, manifestaba que esa agenda no solo tenía* por objeto garantizar una base mínima de derechos, sino también orientar el desarrollo en torno a valores y principios de actuación y gobernanza que asocian la competitividad económica con la justicia social. En este marco, la Comunicación promovía la gobernanza internacional y multilateral con el fin de "gestionar mejor las migraciones económicas".

A continuación, pasan a reseñarse algunas de las cuestiones que con más fuerza están emergiendo en relación a la constatación de derechos laborales por parte de los trabajadores migrantes en la consecución de un trabajo digno, así como también las iniciativas habidas para facilitar su acceso al mercado laboral en la UE, cuestión que, a mi parecer, también debe configurar el goce de un trabajo digno para aquellos.

4.1. Principales problemas en relación a los trabajadores migrantes, en especial en las cadenas de valor y su tratamiento en la propuesta de Directiva de diligencia debida

El punto principal sobre el que debe descansar una política migratoria que tienda a buscar el trabajo decente es, siguiendo la estela de la Agenda de Desarrollo Sostenible, la promoción de un entorno de trabajo seguro y sin riesgos, donde los trabajadores migrantes son especialmente vulnerables a sufrirlos debido, entre otros factores, a que son empleados de forma general en trabajos que cumplen a regla de las 5p:pesados, peligrosos, precarios, poco remunerados, y penalizados socialmente[24], en un elevado porcentaje de casos, sobre todo por mujeres migrantes, factores que en todo caso, tienen implicaciones respecto de la elevada siniestralidad laboral del colectivo migrantes; también por las dificultades de los trabajadores migrantes para ocupar puestos de trabajo para los que están cualificados o que son de categoría inferior a sus titulaciones o competencias; la mayor posibilidad que tienen los trabajadores migrantes de emplearse en la economía informal; o la concentración de las mujeres en aquellos como el servicio doméstico sin una adecuada cobertura de sus derechos laborales o de protección social.

También, la desigualdad en el goce de las condiciones de trabajo respeto de los trabajadores del país al que han accedido a trabajar. Especialmente sensible es en este sentido la demostrada brecha salarial entre trabajadores migrantes y autóctonos. Especialmente demostrativo es el estudio

[23] Véase un estudio profundo de este pacto en RAMOS POLEY, L.: *Vías legales de acceso a España de personas migrantes con el objetivo de residir y trabajar. Especial atención al Pacto Mundial sobre Migración de Naciones Unidas*, 2022, https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/20834

[24] Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M. E.: "Una propuesta sobre un Derecho del Trabajo renovado", *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 8, 2020, comentando lo que a estos afectos también dice el Manifiesto por un Derecho del Trabajo sostenible, de los Profesores italianos Caruso, Del Punta y Treu.

realizado por la OIT sobre las diferencias salariales entre trabajadores migrantes y los nacionales[25], en el que se ha detectado que los trabajadores migrantes en los países de ingresos altos ganan alrededor de un 12,6% menos que los nacionales, en promedio. De hecho, dentro de un mercado laboral ya bastante desfavorable para los trabajadores migrantes en los países de renta alta, las trabajadoras migrantes se enfrentan a una doble penalización salarial, como migrantes y como mujeres, ya que la brecha salarial entre los hombres nacionales y las mujeres migrantes en los países de renta alta se estima en un 20,9%. Lo que es de interés es observar como el propio informe de la OIT señala que el mayor porcentaje de estas diferencias salariales no se consiguen explicar por las características del mercado laboral de los trabajadores inmigrantes y de los nacionales, sino que lo que subyace en ellas es la discriminación de los trabajadores inmigrantes en lo que respecta a la remuneración. De hecho, si se eliminase la parte no explicada de la diferencia salarial entre los inmigrantes, ésta casi desaparecería en muchos países y se invertiría en otros. Si los salarios se fijaran en función de factores como la educación, la experiencia y la edad, la brecha salarial de los inmigrantes se mantendría muy baja en muchos países e incluso se invertiría a favor de los trabajadores inmigrantes en algunos países.

Por lo que hace a las cadenas mundiales de suministro, la Conferencia Internacional del Trabajo[26] ha reconocido que aquellas han brindado nuevas oportunidades de empleo en las economías emergentes y en desarrollo, en particular para los trabajadores con dificultades para acceder al empleo remunerado o foral, como son los trabajadores migrantes. No obstante, la otra cara de la moneda es que estos suelen hallarse en modalidades de empleo atípicas, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo. En lo que atañe a la protección efectiva de los derechos laborales de los trabajadores migrantes en las cadenas de suministro, las deficiencias en materia de aplicación de la legislación y la fragmentación de las normas, las iniciativas políticas y las responsabilidades de las partes interesadas pueden plantear serios problemas y dar pie a infracciones. Numerosos trabajadores migrantes afrontan condiciones laborales adversas, sobre todo si se hallan en situación irregular y están empleados en la economía informal; a su vez, el informe hace una referencia especial a dos cadenas de suministro específicas, la relacionada con la elaboración de productos electrónicos de un lado, y del sector pesquero por otro. Respecto de la primera, la Conferencia destaca que en las cadenas de suministro de productos electrónicos, las condiciones laborales, el número de horas de trabajo y la presión por producir que se imponen en esa cadena de suministro a los trabajadores, en particular a los trabajadores migrantes, han dado lugar en algunos casos a disturbios, huelgas e incluso suicidio de trabajadores en distintos lugares de producción en los últimos años. Por su parte, en la cadena mundial de suministro del sector pesquero, se constata un grave deterioro de los derechos de los trabajadores, sobre todo de los migrantes. Numerosos informes revelan diversas prácticas abusivas y de explotación a lo largo de toda la cadena de suministros, relacionadas en particular con el trabajo infantil y el trabajo forzoso, inclusive en buques que realizan largos recorridos.

Pese a estas constataciones, la Comunicación *sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa a escala mundial y una recuperación sostenible* no hace ninguna referencia específica a los trabajadores migrantes. Tampoco lo hace la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida. De hecho, en el Anexo de la Propuesta, que es donde aparecen los derechos o prohibiciones (así como los convenios internacionales donde están regulados), cuyo incumplimiento activa las acciones empresariales de diligencia debida, tampoco incluyen los Derechos o los convenios específicos para los trabajadores migrantes.

En este punto se ha de recordar que la Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de mayo de 2007, sobre la promoción de un trabajo digno para todos[27], celebraba la voluntad de los Estados

[25] ILO: "The migrant pay gap: Understanding wage differences between migrants and nationals", 2020.

[26] CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: 105ª reunión, Informe IV: *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016.

[27] Referencia: (2006/2240 (INI)).

miembros de ratificar la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, así como los Convenios n.º 97 y 143 de la OIT, en el marco de un planteamiento coherente sobre a la migración internacional por motivos laborales. Esta conexión entre el trabajo digno con la protección de trabajadores migrantes no se ha visto reconocida en la propuesta de Directiva de diligencia debida. La única referencia explícita a trabajadores migrantes se halla en la memoria sobre la propuesta de Directiva, en particular cuando trata sobre el contexto de la propuesta, y más en concreto, al abordar la coherencia con las disposiciones existentes en la misma política sectorial, hace una única referencia expresa a la inmigración cuando expresa que la Directiva, al adoptarse, "complementará la Directiva sobre sanciones a los empleadores, que prohíbe el empleo de nacionales de terceros países en situación irregular, incluidas las víctimas de la trata de seres humanos. La Directiva sobre sanciones a los empleadores establece normas mínimas sobre las sanciones y otras medidas que deben aplicarse en los Estados miembros a los empleadores que infrinjan las disposiciones de la Directiva". Pero tras esa proclamación, debe confirmarse que en la Sección 1 (Violaciones de derechos y prohibiciones incluidas en los acuerdos internacionales sobre derechos humanos (sección I) de la Parte I del Anexo a la propuesta de Directiva no se contiene ninguna referencia específica a Derechos de los trabajadores migrantes o a prohibiciones a incumplimientos específicos de su normativa internacional reguladora. De hecho, en la Sección 2, sobre Convenios sobre derechos humanos y libertades fundamentales, no se hace ninguna mención a Convenios de la Organización Internacional del Trabajo como son los Convenios núm. 97, *sobre los trabajadores migrantes (revisado)*, de 1949, ni al Convenio núm. 143 *sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias)*, 1975.

Tal vez, la implicación de trabajadores migrantes en relación a sus intereses específicos en el marco de las obligaciones de diligencia debida de las empresas podría resultar de lo que se podría denominar como cláusula de cierre para la detección de un efecto adverso para los Derechos humanos en el caso de incumplimiento de un Derecho que no se encuentra listado en el Anexo. En este sentido, el apartado 21 de la sección I de la Parte I del Anexo califica como violación de derecho, aquella que se produzca respecto de un derecho no contemplado en los puntos 1 a 20 de dicha sección, pero incluido en los acuerdos sobre derechos humanos mencionados en la sección 2, que menoscabe directamente "un interés jurídico" protegido en dichos acuerdos, y "siempre que la empresa en cuestión haya podido determinar razonablemente el riesgo de tal menoscabo y cualquier medida adecuada que deba adoptarse para cumplir las obligaciones" a que se refiere la Directiva, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes de sus operaciones, como el sector y el contexto operativo. Por tanto, a tenor del Anexo de la propuesta de Directiva (no del propio clausulado de ésta, aunque ya está referenciada esta cuestión en el preámbulo de la misma), para garantizar una cobertura exhaustiva de los derechos humanos, una violación de una prohibición o de un derecho no contemplados específicamente en dicho anexo "que menoscabe directamente un interés jurídico protegido en dichos convenios" también debe formar parte de los efectos adversos sobre los derechos humanos abarcados por la presente Directiva si así es determinado por la empresas en función de los parámetros que fija el apartado 25.

En conclusión, los requisitos para reconocer un efecto adverso en Derechos humanos pasar por vulnerar algún acuerdo o convenio listado en el Anexo de la Propuesta, pero no uno de los derechos previstos también en ese Anexo, si ese incumplimiento menoscaba un interés jurídico protegido por aquellos acuerdos y si a empresa en cuestión lo determina razonablemente. No se puede afirmar que esta cláusula de cierre posibilite la atención a la vulneración de derechos de trabajadores migrantes en situación irregular en materia específicamente laboral a tenor del listado de convenios que aparecen listados en el Anexo. Respecto de los trabajadores migrantes con autorización de residencia y trabajo podría pensarse en algún tipo de cobertura siempre que su problemática pueda relacionarse con alguna cuestión de discriminación (por raza o etnia, por ejemplo) respecto de los convenios listados en el Anexo, pero sin entrar en la protección en función de su estatuto ya que los convenios de la OIT 97 y 143 no aparecen referenciados. En definitiva, una

situación de ausencia de cobertura protectora la prevista por el Anexo de la propuesta de Directiva en relación a los trabajadores migrantes en las cadenas de valor en relación de empleo que dispongan, y especialmente de los que se encuentran en situación irregular.

4.2. El nuevo paquete migratorio de la UE favoreciendo las migraciones legales de carácter laboral

La Comunicación de la Comisión Europea de 27 de abril de 2022 titulada "Attracting skills and talent to the EU" (en traducción libre, *Atraer capacidades y talento a la UE*) ha tenido por objetivo abrir una nueva etapa de favorecimiento de las migraciones legales de carácter laboral[28]. Para justificarlo, la Comisión Europea constata que tras la pandemia hay escasez de mano de obra en determinados sectores, de hecho, afirma la necesidad de nuevos trabajadores en sectores con carencias estructurales, como el turismo, la hostelería, las tecnologías de la información, la sanidad y la logística. Como argumento adicional está el contexto demográfico ya que la UE tiene una población activa que envejece y disminuye, por lo que, como diagnóstica la Comisión, la UE debe solventar el déficit de mano de obra en sectores específicos y en regiones determinadas, sobre todo derivado de la diferencia de niveles de desarrollo entre ellas, cubriendo "todo tipo de niveles de cualificación".

Según la Comisión, para hacer frente a estas crecientes necesidades del mercado laboral, vinculadas a las tendencias demográficas y a la escasez, no basta con movilizar la mano de obra nacional o facilitar la movilidad intracomunitaria, sino que la UE debe ser más atractiva para "los talentos de todo el mundo". A mi modo de ver, dentro de esta llamada a los talentos se incluyen los trabajadores extranjeros altamente cualificados, cuya directiva reguladora ha sido modificada en el último año, pero también otros tipos de trabajadores con diferente nivel de cualificación. De hecho, la Comunicación señala que la búsqueda de mayor atractivo para los trabajadores migrantes no sólo puede derivar de los objetivos que persiguió la modificación de la Directiva sobre trabajadores altamente cualificados, sino que todos aquellos aspectos que lo persigan "deberían reforzarse también para otras categorías de inmigrantes, junto con medidas para luchar contra la explotación laboral y la discriminación".

Para llevar a cabo su nueva política sostenible en materia de migración legal, la Comisión propone varios pilares donde debe destacarse la importancia que se vuelve a conceder a la vía legislativa, es decir, la legislación europea en forma de tratados ha de devenir un elemento fundamental en el favorecimiento de las migraciones laborales por vías regulares.

Por un lado, propone un pilar legislativo en el que se propone la modificación de la *Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración* por un lado, y la *Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro*, por otro.

Por lo que hace a la Directiva 2003/109/CE, se ha de partir de la base que su modificación también ha sido pedida por la *Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre política y legislación en materia de migración legal*[29]. Para el legislativo europeo, esta Directiva está infrautilizada en su vertiente de movilidad por toda la UE, cuestión que la reforma impulsada por la Comisión quisiera solventar a través de diversas medidas. Un aspecto que deberá ser objeto de atención es la forma en la que se concreta la reforma, ya que a priori, esta previsión no es abrir una nueva vía legal a los migrantes

[28] Brussels, 27.4.2022. COM(2022) 657 final.
[29] Estrasburgo, 25 de noviembre de 2021, referencia 2020/2255 (INL).

para acceder a la Unión para trabajar, sino reformular una normativa europea ya existente para favorecer que aquellos que hayan obtenido ya una autorización de residencia permanente, puedan desplazarse y trabajar en los Estados miembros más allá del Estado miembros que se la concedió. De hecho, se deberá velar para que las facilidades que se obtengan para la obtención del nuevo estatuto de residente de larga duración UE no sea objeto de limitación en función de niveles de cualificación, así como también velar para que el otorgamiento de estas facilites de movimiento entre Estados no pueda conllevar desequilibrios en los mercados de trabajo de la Unión.

Respecto de la modificación de la Directiva 2011/98/UE, sobre permiso único, hay que recordar que esta actuación ya se preveía también en la Comunicación sobre el *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, en a que se decía que dicha regulación no había logrado plenamente su objetivo de simplificar los procedimientos de admisión para todos los trabajadores de terceros países. El objetivo sería estudiar formas de simplificar y aclarar el ámbito de aplicación de la legislación, incluidas las condiciones de admisión y residencia para los trabajadores "con cualificaciones bajas y medias". Se ha de recordar que la *Directiva 2011/98/UE* no regula específicamente las condiciones de admisión y residencia de los nacionales de terceros países con "cualificación media o baja cualificación". Naturalmente, los trabajadores extranjeros con medias o bajas cualificaciones pueden gozar, como el resto de trabajadores migrantes, del bloque de derechos sobre igualdad de trato y de garantías procesales al amparo de aquella Directiva, ahora bien, sus derechos no se establecen bajo un esquema específico de admisión en la UE. Dicho de otra manera, no existe ningún instrumento armonizado específico de la UE para la admisión de trabajadores con calificación media o baja[30], como si sucede, v. gr., con el régimen de migrantes altamente cualificados. Ante esta constatación, las primeras voces de instancias de la UE como la Comisión Europea concluyeron que las consecuencias de la falta de normas armonizadas de admisión y residencia en la UE para atraer a nacionales de terceros países con baja y media calificación eran difíciles de evaluar a la luz de las diferentes necesidades que enfrentan los Estados miembros con respecto a estos grupos de nacionales de terceros países[31]. Ahora bien, diversos factores que están emergiendo deben llevar a ver desde una óptica más aperturista la facilitación de extranjeros con bajas o medidas cualificaciones, lo que es lo mismo que decir, a favorecer la recepción de trabajadores migrantes de forma regular[32].

Por otra parte, según la Comunicación de 27 de abril de 2022, en relación específica a la de permiso único, su objetivo sería racionalizar el procedimiento de solicitud y hacerlo más eficaz, entre otras medidas, permitiendo a los solicitantes pedir permisos "tanto desde los países no pertenecientes a la UE como desde los Estados miembros"; la reducción de la duración de los procedimientos de solicitud; el refuerzo de las garantías de igualdad de trato de los nacionales de países no comunitarios en comparación con los ciudadanos de la UE y mejorar su protección frente a la explotación laboral. Para luchar contra este drama, dice la Comunicación que, según las nuevas normas propuestas, el permiso único no estará vinculado a un solo empleador. Esto significa que, dentro del periodo de validez del permiso, los trabajadores tendrán derecho a cambiar de empleador sin dejar de residir legalmente en el Estado miembro. Además, la Comisión europea añade que esta propuesta incluye nuevas obligaciones para que los Estados miembros prevean inspecciones, mecanismos de control y sanciones contra los empleadores que infrinjan las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la Directiva.

Además de esas reformas legislativas, la Comisión Europea propone otros dos pilares, uno operativo y el otro prospectivo o de futuro, donde cabe destacar la cooperación con países terceros a

[30] EUROPEAN COMMISSION: *Legal Migration Fitness Check Final Evaluation Report. Supporting study. Written by ICF Consulting Services Limited*, June 2018, p. 84.

[31] EUROPEAN COMMISSION: *Legal Migration Fitness Check Final Evaluation Report…*, *op. cit.,* p. 84.

[32] Para un análisis más profundo de estas cuestiones véase CAMAS RODA, F.: "Propuestas de reforma de la normativa de inmigración en el marco del mercado de trabajo impulsadas por las instituciones de la Unión Europea", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 59, 2022.

través de las "asociaciones para el desarrollo de talentos". Estas asociaciones no solo deben buscar la cobertura de necesidades de mano de obra en la UE sino que, según la Comisión, deben combinar el apoyo directo a los programas de movilidad para el trabajo o la formación con el desarrollo de capacidades y la inversión en capital humano, incluido el desarrollo de capacidades, la educación y la formación profesional y la puesta en marcha de programas de intercambio basados en el trabajo. En definitiva, "deben transformar el riesgo de fuga de cerebros de los países socios en una ganancia de cerebros para todos los socios".

Finalmente, en el pilar prospectivo (o de mira del futuro) se ha de subrayar el protagonismo que se concede a que se atraigan "a los trabajadores de cuidados de larga duración" de países no pertenecientes a la UE. Esta especificidad la justifica la Comisión en el hecho de adoptar un enfoque gradual respecto a las migraciones legales de carácter laboral: en este sentido, la Comisión opone centrarse primero en un sector en el que es claramente beneficioso actuar a nivel de la UE: los cuidados de larga duración. De hecho, la Comisión se basa en que, en el sector de los cuidados de larga duración, se prevé que de aquí a 2030 surjan hasta 7 millones de puestos de trabajo para los profesionales de la salud asociados y los cuidadores personales, que sólo estarán parcialmente cubiertos por el mercado laboral de la UE.

De forma directa respecto de este sector, la Comisión Europea dice que estudiará cómo atraer mejor a los "trabajadores de baja y media cualificación" que necesita el mercado laboral de la UE. En este marco, la Comisión apela a las anteriormente mencionadas Asociaciones de Talentos, que se deben dirigir a todos los niveles de cualificación, incluidos los de baja y media cualificación.

Añade la Comisión que pondrá en marcha una cartografía de las condiciones y los derechos de admisión de los cuidadores de larga duración procedentes de países no pertenecientes a la UE en los Estados miembros, así como de las necesidades al respecto, con el fin de estudiar el valor añadido y la viabilidad de desarrollar un régimen legal de admisión a escala de la UE para atraer a estos trabajadores.

5. CONCLUSIONES

El objeto de este trabajo ha sido principalmente el de abordar el análisis de la Comunicación que la Comisión Europea ha adoptado con fecha de 23 de marzo de 2022 *sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa a escala mundial y una recuperación sostenible* en función de dos parámetros: la acogida de la perspectiva de la igualdad de género en sus propuestas, y el tratamiento de los trabajadores migrantes. Se acogen estos dos aspectos porque, como este estudio también ha querido subrayar, la igualdad de género es un factor esencial para solventar los problemas del mercado de trabajo en el ámbito nacional y en el marco mundial, y respecto de los trabajadores migrantes, porqué más allá de verlos como un colectivo especialmente vulnerable ante las crisis que han venido afectando a nuestras sociedades, y en especial la del Covid-19, su aportación y, por tanto, la facilitación de canales legales para que puedan venir a trabajar a nuestros países, se erigen en factores esenciales para el mantenimiento de las instituciones económicas, sociales y laborales.

Con esa base, este trabajo ha realizado un análisis de la propuesta de la Comisión Europea de adoptar una Directiva sobre diligencia debida de las empresas respecto de las cadenas de suministro global. La conclusión es que esta propuesta es ciertamente pobre en integrar la perspectiva de género en su alcance: si bien es cierto que el incumplimiento de la no discriminación entre hombre y mujer especialmente en materia de salario por un trabajo de igual valor se considera un impacto adverso en materia de Derechos humanos que activa las obligaciones de diligencia debida previstas en la propuesta, ninguna de estas obligaciones, en cambio, integra la perspectiva de género en el momento en que se ejecutan.

La ausencia de la referencia a los derechos de los trabajadores migrantes es aún más perceptible en la propuesta de Directiva sobre diligencia debida en las cadenas de suministro global

partiendo de la base de que aquellos ocupan en gran medida el trabajo en éstas. De hecho, en el Anexo de la Propuesta, que es donde aparecen los derechos o prohibiciones (así como los convenios internacionales donde están regulados), cuyo incumplimiento activa las acciones empresariales de diligencia debida, tampoco incluyen los Derechos o los convenios específicos para los trabajadores migrantes.

Es urgente reparar que en que la triple conexión de los Objetivos previstos por Naciones Unidas de Desarrollo Sostenible, Trabajo decente y trabajadores migratorios deben llevar en todo caso a una facilitación de los movimientos de trabajadores entre países, algo a lo que tiende también el Pacto de Naciones Unidas sobre migraciones seguras y ordenadas y regulares (2018). Esta faceta sí que está siendo objeto de atención preferente por la Comisión Europea y por las tendencias que se abren paso sobre migraciones legales de carácter laboral durante el año 2022. Migraciones que han de centrarse tanto en trabajadores cualificados, como en trabajadores que no lo son.

6. BIBLIOGRAFÍA

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS: *Dimensiones de género de los principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos. Informe del Grupo de trabajo sobre la cuestión de los Derechos Humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. 24 de junio a 12 de julio de 2019.

BÖÖK, B., VAN HOOF, F., SENDEN, L. y TIMM, A.: "Gendering the COVID-19 crisis: a mapping of its impact and call for action in light of EU gender equality law and policy", *European Equality Law Review*, European network of legal experts in gende requality and non-discrimination, n.º 2, 2020.

BOURKE MARTIGNONI, J. y UMLAS, E.: *Gender-responsive Due diligence for Business Actors*, Academy Briefing, The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, 2018: https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Academy%20Briefing%2012-interactif-V3.pdf

CAMAS RODA, F.: "Propuestas de reforma de la normativa de inmigración en el marco del mercado de trabajo impulsadas por las instituciones de la Unión Europea", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 59, 2022.

CAMAS RODA, F.: *Trabajo decente e inmigrantes en España. Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente,* Huygens, 2016, pp. 39 y ss.

CASAS BAAMONDE, M. E: *"El Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la Covid-19. ¿Y después?". Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Políticas y Morales de la Académica Exma. Sra. Dª María Emilia Casas Baamonde. Sesión del día 30 de noviembre de 2021, p. 21:* https://www.racmyp.es/docs/academicos/674/discurso/2022-11-30_-_discurso_ingreso_racmyp_de_dona_maria_emilia_casas_baamonde.pdf

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (CESE). Material inédito. Borrador de opinión. *(Borrador de opinión sobre el Trabajo decente en el mundo; documento preparatorio para la preparación de la Audición Pública del CESE sobre esta temática el 4 de mayo de 2022): https://www.eesc.europa.eu/en/agenda/our-events/events/decent-work-worldwide*

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: 105ª reunión, Informe IV: *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016.

EUROPEAN COMMISSION: *Legal Migration Fitness Check Final Evaluation Report. Supporting study. Written by ICF Consulting Services Limited*, June 2018.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: "El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de *sostenibilidad*. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo", Trabajo y Derecho, n.º 88, 2022.

ILO: "The migrant pay gap: Understanding wage differences between migrants and nationals", 2020.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: Día del Trabajo Decente 2019. Estado del Trabajo Decente en el Mundo. 7 octubre.

RAMOS POLEY, L.: *Vías legales de acceso a España de personas migrantes con el objetivo de residir y trabajar. Especial atención al Pacto Mundial sobre Migración de Naciones Unidas*, 2022, https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/20834

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M. E.: "Una propuesta sobre un Derecho del Trabajo renovado", *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 8, 2020.

SPINACI, S.: *Briefing: EU Legislation in Progress*: "Corporate sustainability due diligence. Could value chains integrate human rights and environmental concerns?", European Parliamentary Research Service, 2022.

nº 3 (2º Trimestre 2022)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Cuidados para quienes cuidan: la adaptación del art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 junio de 2019

Care for carers: the adaptation of Art. 139 of the Law Regulating Social Jurisdiction to Directive (EU) 2019/1158 of 20 June 2019

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Santiago de Compostela
https://orcid.org/0000-0002-3345-5330

Cita sugerida: MANEIRO VÁZQUEZ, Y. "Cuidados para quienes cuidan: la adaptación del art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 junio de 2019". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 3 (2022):* 63-86.

Resumen

El 2 de agosto de 2022 se cumplirá el plazo para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Sin duda, esta norma incorpora indudables beneficios para los cuidadores, hasta ahora casi totalmente ignorados en sus derechos de conciliación. Como un instrumento esencial para garantizar el pleno ejercicio de este derecho de conciliación, los tribunales se han visto obligados a realizar una intensa interpretación de los requisitos exigidos por el art. 139 LRJS, que regula la modalidad especial para los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente. A través de esta vía procesal las empresas y las personas trabajadoras con obligaciones de cuidado resuelven sus discrepancias cuando no es posible alcanzar un acuerdo previo. La interpretación de sus reglas acorde a las exigencias de la Directiva resulta fundamental para garantizar el respeto y la plena aplicación del derecho de conciliación de los cuidadores.

Palabras clave

Artículo 139 LRJS; cuidadores; conciliación; Directiva (UE) 2019/1158; carga de la prueba

Abstract

2 August 2022 will be the deadline for the transposition into Spanish law of Directive (EU) 2019/1158 of 20 June 2019 on the reconciliation of family and working life for parents and carers, repealing Council Directive 2010/18/EU. Undoubtedly, this regulation incorporates undeniable benefits for carers, who until now have been almost totally ignored in terms of their rights to work-life balance. As an essential instrument to guarantee the full exercise of this right to work-life balance, the courts have been forced to carry out an intense interpretation of the requirements demanded by art. 139 LRJS, which regulates the special modality for the legally or conventionally recognised rights to balance personal, family and working life. Through this procedural channel, companies and workers with care duties resolve their disagreements when it is not possible to reach a prior agreement. The interpretation of its rules in line with the requirements of the Directive is essential to ensure that the right of reconciliation for carers is respected and fully implemented.

Keywords

Article 139 LRJS; carers; conciliation; Directive (EU) 2019/1158; burden of proof

1. LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CUIDADORAS EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158

1.1. El derecho a la conciliación de los cuidadores como fuente de discriminación por razón de sexo

Las necesidades de cuidado de menores o recién nacidos no pueden asimilarse con las derivadas del cuidado de mayores o dependientes. La atención que precisan unos y otros es, a todas luces, diferente, como también lo es la dedicación exigida al cuidador. Mientras que el cuidado de

Fecha Recepción: 02/05/2022 - Fecha Revisión: 18/05/2022 - Fecha Aceptación: 21/05/2022
Pags. 63-86

los primeros por sus progenitores se vincula a un período de tiempo concreto, hasta el cumplimiento de una determinada edad, no sucede lo mismo con los deberes de cuidado de los otros grupos.

La Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, regula conjuntamente, sin embargo, la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Esta Directiva, que España habrá de transponer a su ordenamiento jurídico interno antes del 2 de agosto de este mismo año 2022[1], tiene el mérito de ser la primera norma europea que regula el derecho a la conciliación de la vida familiar y profesional de quienes ejercen como cuidadores no profesionales. Tal regulación, además, tutela por primera vez la conciliación como causa autónoma de discriminación[2]. En tercer lugar, la Directiva modifica con gran acierto su punto de enfoque con respecto a sus predecesoras -señaladamente, la Directiva 2010/18/UE, a la que deroga- para vincular la conciliación y la corresponsabilidad con la igualdad entre los hombres y las mujeres como principio fundamental de la Unión Europea[3], considerando las dos primeras como elementos imprescindibles para alcanzar la tercera[4].

La Directiva (UE) 2019/1158 reconoce ahora, con una inocencia casi entrañable, que "tener un familiar enfermo o dependiente también repercute negativamente en el empleo femenino, con el resultado de que algunas mujeres abandonan por completo el mercado de trabajo"[5]. Desde esta óptica, parte de un importante cambio de paradigma: busca favorecer y garantizar la permanencia en el mercado laboral de todas las personas con obligaciones de cuidado, a través de un permiso específico para cuidadores (art. 6) y, siempre que sea posible, el recurso a "fórmulas de trabajo flexible" (art. 9) - reconocidas ya por el art. 34.8 ET como "adaptaciones del puesto de trabajo"- que les permita "adaptar sus necesidades de trabajo a sus necesidades y preferencias personales"[6].

Con este cambio de enfoque, la Directiva (UE) 2019/1158 rompe la tendencia de sus predecesoras, que orientaron los derechos de conciliación a la ausencia del puesto de trabajo. La feminización de los cuidados familiares no profesionales y su negativa influencia en el acceso y en la permanencia de las mujeres en el mercado laboral, en su promoción profesional y en la degradación de sus condiciones laborales resulta una cuestión sobradamente conocida[7], al tiempo que un problema común que afecta gravemente, en mayor o menor medida, a todos los Estados miembros. De acuerdo con el informe elaborado por la Comisión Europea en el año 2019[8], el 31% de las mujeres desempleadas afirmaban que el motivo principal de su inactividad se debía a la

[1] Sobre esta cuestión, véanse especialmente los trabajos de BALLESTER PASTOR, Mª. A.: "De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 11, 2010, pp. 1109-1132; CABEZA PEREIRO, J.: "La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional, *Revista de Derecho Social*, n.º 92, 2020, pp. 41-80.

[2] Un análisis en CASAS BAAMONDE, Mª. E.: "¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?", *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 1, 2017, pp. 1-18.

[3] En palabras de LÓPEZ ÁLVAREZ, Mª. J.: "Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario", *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 9, 2019, p. 156: "Es la primera vez que la conciliación se visibiliza con tanta contundencia y obtiene un reconocimiento autónomo dentro del acervo comunitario".

[4] Como ya indicaba LOUSADA AROCHENA, J. F.: "La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales", *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 8, 2019, p. 791: "la igualdad se erige, por encima de la conciliación, como macroprincipio fundamentador de los derechos de conciliación".

[5] Considerando n.º 10 de la Directiva (UE) 2019/1158.

[6] Considerando n.º 34, que reconoce el derecho de los trabajadores a acogerse, cuando sea posible, "a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción del horario laboral".

[7] Por todos, véase CASAS BAAMONDE, Mª. E.: "La organización del tiempo de trabajo con perspectiva de género: la conciliación de la vida privada y la vida laboral", *Documentación Laboral*, n.º 117, 2019, pp. 17-21.

[8] COMISIÓN EUROPEA: "A new start to support work-life balance for parents and carers" (https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=17583ylangId=en#:~:text=The%20new%20Directive%20will%20help,preserving%20and%20extending%20existing%20rights).

necesidad de cuidar de parientes mayores, enfermos o discapacitados[9]. Frente a esta cifra, tan sólo el 4,5% de los trabajadores varones desempleados reconocieron que su falta de actividad se debía a los referidos deberes de cuidado. Una brecha de 26,5 puntos entre ambos sexos puso en evidencia, una vez más, que, cuando las necesidades familiares resultan incompatibles con la dedicación laboral, son las mujeres las principales obligadas a elegir entre el trabajo y las labores de cuidado. Como es obvio, esta situación no se proyecta exclusivamente en el ámbito de realización personal y laboral de aquellas. También conduce a unas importantes brechas de género salariales y de pensiones.

En el caso español, en particular, las cifras resultan preocupantes. En el año 2011, un informe elaborado por la OCDE[10] puso de manifiesto que el 83 por ciento de los cuidadores en el ámbito familiar en España eran cuidadores informales y, de ellos, el 92 por ciento eran mujeres. Esta cifra, que por sí misma ya resulta bastante elocuente, adquiere mayor magnitud ante el dato de que en el 5 por ciento de los hogares españoles vivían personas mayores de 60 años que necesitaban de cuidados para realizar las tareas propias de su vida diaria.

Tanto durante la pandemia como en los meses posteriores a esta[11], el teletrabajo se presentó como una gran oportunidad para alcanzar la tan ansiada conciliación entre la vida laboral y familiar[12]. Sin embargo, para las mujeres trabajadoras con cargas familiares esta herramienta no resultó ser tan beneficiosa como se esperaba en un principio. Así, ente aquellas se detectó un mayor nivel de estrés, depresión, ansiedad y sentimiento de soledad, al tiempo que aumentaban sus obligaciones de cuidado de menores o dependientes y sus deberes domésticos[13]. Pero también se puso de manifiesto la inadecuación de las políticas existentes en materia de conciliación de la vida familiar y profesional, que proporcionaban escasas posibilidades de disfrutar permisos para el cuidado de familiares a cargo y, cuando las ofrecían, carecían de un adecuado sistema de reparto de responsabilidades familiares entre hombres y mujeres[14].

Ya antes de la pandemia, la Directiva (UE) 2019/1158 había señalado varias causas que terminaron de agravar este problema, tales como la escasa presencia de fórmulas de trabajo flexible, la insuficiente cantidad de servicios formales para el cuidado de personas dependientes y los desincentivos económicos para los segundos perceptores de un empleo remunerado, que suelen ser mayoritariamente las mujeres[15]. Un problema de "estereotipos", afirma la Directiva, tanto masculinos como femeninos, a los que quiere hacer frente con la ayuda de los interlocutores

[9] OCDE: "Caregiving in crisis: Gender inequality in paid and unpaid work during COVID-19", 2021 (https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/caregiving-in-crisis-gender-inequality-in-paid-and-unpaid-work-during-covid-19-3555d164/).

[10] OCDE: "¿Busca ayuda? Proporcionar y pagar cuidados de larga duración", 2011 (https://www.oecd.org/els/health-systems/47902750.pdf).

[11] Véase un análisis de las medidas de conciliación durante la pandemia en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por COVID-19", *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 4, 2020, pp. 450-471.

[12] Un análisis sobre esta cuestión en QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: "Negociación colectiva en el teletrabajo: conciliación y flexibilidad en el tiempo de trabajo", en CCNCC, *Teletrabajo y negociación colectiva. XIII Jornada de Estudio sobre negociación colectiva*, Madrid, 2022, pp. 59-114.

[13] Tal y como figura en el ya referido informe de la OCDE (*Caregiving in crisis*… cit., p. 41), frente a las poco gratificantes tareas domésticas consistentes en limpieza del hogar, lavandería, o de cuidado, los trabajadores varones se dedicaron a las reparaciones del hogar y a la adquisición de alimentos, que constituía prácticamente la única actividad que permitía salir al exterior durante el tiempo del confinamiento.

[14] Un exhaustivo análisis sobre esta cuestión en PÉREZ DEL PRADO, D.: "Teletrabajo y negociación colectiva: retribución y asunción de costes por la empresa", en CCNCC, *Teletrabajo y negociación colectiva. XIII Jornada de Estudio sobre negociación colectiva*, Madrid, 2022, pp. 115 y ss.

[15] Véase un análisis sobre el tratamiento de la discriminación por el ejercicio de los derechos de conciliación, también en la Directiva (UE) 2019/1158, en FERNÁNDEZ PRIETO, M.: "Conciliación y responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158", *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 12, 2020, pp. 3 y ss. También un excelente estudio sobre esta cuestión en MARTÍNEZ MORENO, C.: "La nueva regulación de la adaptación de jornada con fines de conciliación. ¿Hasta dónde llega el avance?", *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 12, 2020, pp. 71 a 79.

sociales, sensibilizando a los trabajadores y a los empleadores sobre la necesidad de combatir la discriminación por el ejercicio de las tareas de cuidado[16].

Así las cosas, puede afirmarse que los cuidadores no profesionales se convertirán en los más beneficiados por las medidas avanzadas por la Directiva (UE) 2019/1158, pero ello tan solo por el hecho de que, hasta el momento, no disfrutaban apenas de protección alguna. La legislación española puede enorgullecerse de contar, en especial a partir del Real Decreto ley 6/2019[17], con una importante batería de medidas dirigidas a favorecer la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores. Pero poco esfuerzo ha prestado nuestra legislación para aliviar la situación de quienes, sin ser progenitores, cuidan y, al mismo tiempo, trabajan. Los permisos de corte genérico, que no siempre se adaptan a las necesidades de los cuidadores, se han venido orientando en la misma línea de ausencia de la relación laboral, o de reducción de la jornada de trabajo con la consiguiente minoración salarial y su repercusión en las futuras prestaciones. Ello a pesar de que la disminución de ingresos no resulta ser la medida que mejor se adapta a las necesidades de quienes tienen que enfrentarse a los costes ocasionados por los deberes de cuidado, sobre todo en aquellos casos en los que el cuidador no precisa más tiempo libre, sino una mejor redistribución de su tiempo de trabajo. Dichos costes, como bien precisa la Directiva (UE) 2019/1158 no son solo económicos, sino de muy variado tipo, que se proyectan en el empleo, el trabajo y la retribución, bien en forma de pérdida de oportunidades laborales o, en el peor de los casos, en el abandono del mercado laboral.

1.2. El derecho a la no discriminación de los cuidadores: de la sentencia *Coleman* a la Directiva (UE) 2019/1158

La situación expuesta no es en modo alguno novedosa. El Tribunal de Justicia ya trató de poner remedio a esta cuestión a través de la sentencia *Coleman*[18], que propició un importante avance en la protección de los derechos laborales de los cuidadores, al reconocer el concepto de discriminación por asociación por razón de discapacidad en favor de una cuidadora y, a la vez, madre trabajadora de su hijo discapacitado[19].

Actualmente, resulta curioso comprobar cómo la flexibilidad en las condiciones laborales que solicitaba entonces la Sra. Coleman no difiere en absoluto de las medidas de flexibilidad que recoge el artículo 9 de la actual Directiva (UE) 2019/1158. Sin embargo, cuando en su momento fue objeto de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, presentó una solución más que compleja bajo la Directiva 2000/78/CE[20]. La interpretación vigente hasta entonces ofrecía protección a los trabajadores que sufrían una discapacidad. Pero el trato peyorativo sufrido por la Sra. Coleman no obedecía a una discapacidad personal, sino a su condición de cuidadora de una persona discapacitada.

La Directiva (UE) 2019/1158 ha venido a dar respuesta a esta necesidad de tutela laboral de los cuidadores de personas con discapacidad o necesitadas de cuidados y supone un enorme avance en este sentido. Para comenzar, ofrece una definición de "cuidador", hasta ahora inexistente, como el "trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada estado miembro" [artículo 3.1.c)].

[16] Considerando 11 de la Directiva (UE) 2019/1158.

[17] 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.

[18] Sentencia de 17 de julio de 2008, *Coleman v Attridge Law and Steve Law*, Asunto C-303/06 (ECLI:EU:C:2008:415).

[19] Un estudio más amplio en MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021.

[20] De 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

También ofrece una definición de "familiar" necesitado de cuidado, que será el "hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional". Aunque la definición no concluye con ninguna cláusula abierta, este catálogo de familiares podrá ampliarse por los Estados miembros para incluir parientes adicionales, como los abuelos o los hermanos. Nada se indica en la Directiva sobre el parentesco por afinidad[21], aunque sin duda podría entenderse comprendido en la noción más amplia de "convivientes", de darse el caso. La discapacidad tampoco será ahora un requisito esencial. Bastará con acreditar "la necesidad de asistencia o cuidados importantes por un por un motivo grave", a través de "una certificación médica previa"[22]. Pero lo más importante es que la titularidad del derecho de cuidado se amplía al conviviente, aunque quien los precise no sea un familiar. De este modo, serán cuidadores quienes dispensan cuidados o presten ayuda a alguno de los familiares anteriormente mencionados, aunque no convivan con ellos, o a un conviviente, aunque no sea familiar.

Bajo la protección de la Directiva (UE) 2019/1158, el asunto *Coleman* hubiera tenido una solución mucho más sencilla de la que el Tribunal de Justicia pudo ofrecer en 2008. La Sra. Coleman, como cuidadora de su hijo discapacitado, hubiera podido beneficiarse del derecho expresamente reconocido por el art. 10 de la Directiva (UE) 2019/1158 de regresar al mismo o equivalente puesto de trabajo, así como el mantenimiento, hasta el final de su permiso, de los derechos laborales adquiridos. Este permiso no es otro que el previsto en el art. 6 de la Directiva (UE) 2019/1158, denominado "permiso para cuidadores"[23]. Es una de las principales novedades que recoge su articulado, puesto que, hasta el momento, no existía, en el ámbito comunitario, ningún permiso con este mismo objetivo.

Más importante, sin embargo, tanto por su novedad como por el enorme potencial que presentan, son las fórmulas de trabajo flexible reguladas ahora en el artículo 9 de la Directiva (UE) 2019/1158 y definidas en su artículo 3.1.f) como "la posibilidad de los trabajadores de adaptar sus modelos de trabajo acogiéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo". Estas medidas se contemplan como un beneficio hacia los cuidadores "para ocuparse de sus tareas de cuidado" y supeditadas a una duración "razonable" (apartado 1), así como, potestativamente, a una antigüedad en la empresa que no podrá superar los seis meses. Las empresas de acuerdo con el apartado 2 de la nueva Directiva, tendrán que "justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas".

Por último, los insultos y amenazas hacia la Sra. Coleman o hacia la persona de su hijo habrían estado prohibidas por el artículo 14 de la Directiva (UE) 2019/1158 en tanto que "trato desfavorable" por parte del empleador. De igual modo, su despido podría haberse considerado fácilmente como un despido discriminatorio, a la luz de la consideración por su artículo 12, dedicado a la "protección contra el despido y la carga de la prueba". De acuerdo con este precepto, habrá de prohibirse "el despido y cualquier preparación para el despido de un trabajador por haber solicitado o disfrutado" cualquiera de las fórmulas de trabajo flexible que el art. 9 de la Directiva ofrece a los cuidadores. Esta protección frente al despido se beneficia, además, de las reglas sobre inversión de la carga de la prueba (apartados 3 y 4), así como de una sanción "efectiva, proporcionada y disuasoria" para la empresa.

[21] Alerta sobre los peligros de un modelo extensivo de cuidadores informales como el español, CABEZA PEREIRO, J.: "La Directiva (UE) 2019/1158 y su transposición al derecho interno", en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. y MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.: *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Barcelona, Bosh, 2021, p. 71.

[22] Considerando n.º 27 de la Directiva (UE) 2019/1158.

[23] De acuerdo con este precepto, se ordena a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para garantizar que "cada trabajador" pueda disfrutar de un permiso para cuidadores "de cinco días laborables al año". No obstante, se permite a los Estados miembros la ampliación de este permiso, ya sea en su duración, como es obvio, pero también en su asignación, al permitir su apartado 2 que se distribuya "sobre la base de períodos de un año, por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso"

2. LA MODALIDAD PROCESAL ESPECIAL DEL ART. 139 LRJS Y SU ADECUACIÓN A LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158

Uno de los principales retos que originará la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 a la legislación española será la determinación del procedimiento adecuado para que la persona trabajadora pueda reclamar la aplicación de tales "fórmulas de trabajo flexible" en caso de desacuerdo, negativa o silencio de su empresa. No se trata de una cuestión desconocida para el legislador español. El vigente art. 38.4 ET reconoce el derecho de adaptación y lo vincula a la efectividad del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral y a la corresponsabilidad. Con todo, no lo reconoce como un derecho absoluto, sino que las adaptaciones se subordinan a ciertos requisitos procedimentales: a los establecidos por la negociación colectiva y, en su ausencia, a una previa negociación entre el empleador y la persona solicitante.

Si dicha negociación no culminase con un acuerdo, el mismo art. 34.8 ET remite a la jurisdicción social la solución de "las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora" respecto de estas "fórmulas de trabajo flexible" a través del procedimiento establecido en el artículo 139 LRJS. Esta modalidad procesal especial, caracterizada por su preferencia y urgencia, también es la adecuada para tramitar las reclamaciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia cuando su causa esté relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación (art. 138.bis LRJS[24]).

La transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 obligará a realizar una importante tarea interpretativa sobre las reglas de funcionamiento de la modalidad especial de conciliación del art. 139 LRJS para integrarlas con las nuevas necesidades derivadas de los derechos de adaptación. Esta tarea interpretativa resulta imprescindible para asegurar la tutela efectiva del derecho a la conciliación y corresponsabilidad de quienes están al cuidado de familiares y convivientes y evitar que quienes soliciten o disfruten sus derechos de adaptación puedan ser objeto de discriminación o de trato menos favorable, prohibido por el art. 9 de Directiva.

Las "fórmulas de trabajo flexible" recogidas en la Directiva (UE) 2019/1158 se dirigen a garantizar, también en el caso concreto de los cuidadores, el derecho a la presencia de las personas trabajadoras en sus puestos de trabajo. Fundamentalmente y sin ocultarlo en modo alguno, de las mujeres trabajadoras, que son también las principales cuidadoras. Por ese motivo, ya se ha dicho que la Directiva posiciona los derechos de adaptación por encima de las fórmulas tradicionales de conciliación, caracterizadas por la ausencia de la solicitante de su puesto de trabajo[25]. Así las cosas, la interpretación de los artículos 34.8 ET y 139 LRJS conforme a la Directiva (UE) 2019/1158 no crea, como es lógico, un derecho absoluto de los trabajadores a la adaptación de las condiciones de trabajo. Si bien, al vincularlo con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, sí impide que su ejercicio pueda verse limitado por el solo efecto de los intereses empresariales.

La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de los progenitores ya había sido admitida por nuestros tribunales, al amparo del art. 44.1 LOI, que reconoce este derecho a trabajadores y trabajadoras "en forma que fomente la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio"[26]. La jurisprudencia ha señalado que la vulneración de los derechos de conciliación conlleva un componente de discriminación

[24] De acuerdo con el apartado 2 art. 138.bis LRJS: "Cuando la causa de la reclamación en materia de trabajo a distancia esté relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por el procedimiento establecido en el artículo 139".

[25] En esta línea, un exhaustivo análisis de la Sentencia de 18 de septiembre de 2019, *Ortiz Mesonero*, asunto C-316/18, en DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.: "Conciliación, régimen de turnos y adaptación de la jornada de trabajo", *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 9, 2019, pp. 189-214.

[26] A ello obliga, entre otros, el art. 4 LOI, para el que "La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas".

indirecta por razón de género, al tiempo que atenta contra el derecho fundamental de protección a la familia (art. 39 CE)[27]. Esta dimensión constitucional, como no podía ser de otra manera, se ha hecho prevalecer y empleado como orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en caso de discrepancia entre los derechos de conciliación de los trabajadores y los criterios organizativos y productivos de las empresas[28]. Para ello resulta imprescindible una fórmula que compatibilice, en cada caso, los distintos intereses en juego. Como consecuencia, parece claro que los tribunales no pueden denegar la concesión de las solicitudes de adaptación de las personas trabajadoras empleando para ello, como único criterio, las razones organizativas alegadas por las empresas, sin tener en cuenta las circunstancias personales y familiares de los solicitantes[29]. Cualquier otra interpretación supondría un "obstáculo injustificado" para la permanencia en el empleo de los trabajadores y "para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar"[30].

2.1. La elección de la modalidad procesal adecuada para el ejercicio del derecho de adaptación vinculado a las necesidades de cuidado

Desde el punto de vista procesal no es esta una cuestión menor. Por una parte, destaca la *vis attractiva* del proceso regulado en el art. 139 LRJS respecto de todas aquellas demandas en las que se solicite una adaptación vinculada a necesidades de conciliación laboral, personal y familiar. En tal caso, la impugnación de una modificación en las condiciones de trabajo, ya sea de horario, de funciones, de centro de trabajo, de forma de prestación del trabajo, o de turno, de alteración de horario, de horario flexible, modificación de jornada partida o continuada o, en fin, la petición de teletrabajo, o bien la solicitud de reversión de cualquiera de ellas, ya no se canalizarán por la modalidad prevista en el art. 138 LRJS[31], sino por la modalidad especial de derechos de conciliación[32]. Respecto de estas cuestiones, la STC 119/2021 tuvo ocasión de pronunciarse sobre la dimensión constitucional de la decisión empresarial de distribuir irregularmente la jornada de una trabajadora que tenía concedida una reducción como de una exclusión de la realización de guardias los fines de semana, con el fin de cuidar de su hija. Se planteó en relación con ello la adecuación de la modalidad procesal del art. 139 LRJS para conocer de dicha impugnación, ya que la adecuación horaria por motivos de conciliación había sido acordada y concedida previamente y, este caso, tan sólo se discutiría la decisión empresarial como una modificación de condiciones de trabajo y si, en consecuencia, esta cuestión debía tramitarse como tal, a través del art. 138 LRJS.

En segundo lugar, y no menos importante, la configuración del derecho de conciliación como un derecho fundamental obliga que las demandas en las que se soliciten los referidos derechos de adaptación y se invoque lesión de derechos fundamentales, sean tramitadas a través de la modalidad recogida en el art. 139 LRJS, acumulándose en ella "las pretensiones de tutela de

[27] Véase, entre otras, las SSTC 3/2007, de 15 de enero; 79/2020, de 2 de julio; 119/2021, de 31 de mayo.

[28] Por todas, STC 3/2007, cit.: "el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego".

[29] Como afirma la STC 119/2021, cit.: "el hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si modificar el horario de la demandante de amparo constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes supone, como señala la recurrente en amparo, no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE, en relación con el art. 39.3 CE".

[30] STC 119/2021, cit.

[31] Un análisis sobre ello en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "El artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción Social: Luces y sombras del proceso de movilidad geográfica", *IUSLabor, Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, 2022, n.º 1, pp. 213-49.

[32] Es importante recordar que a través de la modalidad especial regulada en el art. 139 LRJS pueden ser impugnadas las pretensiones individuales o plurales. No es, en cambio, la modalidad adecuada para la impugnación de las medidas de conciliación que pudieran recogerse en el convenio colectivo o acuerdo colectivo aplicable, o en el plan de igualdad correspondiente. En tales casos, dado que se trata de la impugnación de normas de naturaleza colectiva, deberían tramitarse a través de la modalidad especial de conflictos colectivos (arts.153 y ss. LRJS) o de impugnación de convenios colectivos (arts. 163 y ss. LRJS).

derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva"[33]. Así pues, no se trata de una cuestión opcional. En todo caso, la solicitud de adaptación de sus condiciones de trabajo que pueda presentar una persona para atender a sus obligaciones de cuidado ha de tramitarse necesariamente a través de la modalidad procesal del art. 139 LRJS. Y, en la medida en la que se invoque la lesión de un derecho fundamental o el carácter discriminatorio de la conducta impugnada, se añadirán a esta modalidad procesal las garantías previstas para el proceso de tutela.

A este respecto, son indudables los beneficios de la referida suma de garantías, frente a lo que supondría plantear la demanda directamente a través de la modalidad de tutela de derechos fundamentales, dado el objeto extraordinariamente limitado de esta, que le obliga a conocer exclusivamente de la lesión del derecho fundamental denunciado "sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad" (art. 178.1 LRJS). Por lo tanto, si una demanda de tutela se fundase en una discrepancia respecto de la adaptación horaria en la que se incluyeran diferentes propuestas por ambas partes, resultaría difícil que el órgano judicial pudiera incluir en su sentencia la estimación de una u otra propuesta, por ser esta una cuestión propia de la legalidad ordinaria[34]. En cambio, sí puede entrar en esta cuestión cuando la pretensión se tramite a través de la modalidad especial del art. 139 LRJS, pues para ello se ordena al empresario y al trabajador que lleven "sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia" (apartado a). Como es obvio, el contenido de la demanda no podrá contener propuestas diferentes de las presentadas en el acto de conciliación previa al juicio[35].

Con todo, el demandante habrá de tener muy presentes otras garantías específicas del proceso de tutela de derechos fundamentales, que habrá de incluir en su demanda para que puedan añadirse a la modalidad especial del art. 139 LRJS[36] y su omisión no genere excesivos problemas procedimentales. Es el caso del deber de llamamiento como demandado del Ministerio Fiscal, exigido por el art. 177.3 LRJS para el proceso de tutela, pero no, en cambio, por el art. 139 LRJS. En esta línea, una consolidada jurisprudencia ha reconocido que la ausencia de este requisito solo determina la nulidad de actuaciones cuando genere indefensión a la parte demandada[37].

[33] Este mandato se encuentra en línea con el recogido en el art. 178.2 LRJS, que extiende a las modalidades procesales previstas en el mencionado art. 184 LRJS las reglas y garantías propias de la modalidad de tutela, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal.

[34] Sirva como ejemplo la SJS León de 3 de marzo de 2020 (sentencia n.º 115/2020), en la que la demandante solicitó su derecho a la concreción de jornada laboral por cuidado de su hijo de lunes a viernes de 13:00 a 19:00 horas y, subsidiariamente, de lunes a viernes de 14:00 a 20:00 horas.

[35] En la STSJ Galicia de 17 de abril de 2020 (Rec. 40/2020) admitió la incongruencia *extra petita* por la sentencia de instancia que admitió la solicitud de dispensa de prestación de servicios los domingos y festivos de apertura autorizada, pese a que no había sido planteada por el demandante en conciliación –"en el acto de conciliación judicial previa al juicio, se ofreció al demandante exactamente el horario que pedía en la demanda, y o lo aceptó, por tener que prestar servicios los domingos y festivos de apertura autorizada"-, y de que ratificó su demanda "sin introducir ninguna modificación, ni aclarar que también reclamaba la dispensa de prestación de servicios los domingos y festivos de apertura autorizada".

[36] Conforme al art. 102.2 LRJS: "Se dará al procedimiento la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda. No obstante, si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma (…)". En la misma línea se manifiesta, respecto del proceso de tutela de derechos fundamentales, el art. 179.4 LRJS.

[37] Por todas, sentencias TS de 15 de noviembre de 2005 (Rcud. 4222/04) y de 28 de enero de 2009 (Rcud. 1576/08).

Asimismo, la solicitud de medidas cautelares durante la tramitación del proceso constituye una garantía coincidente en ambas modalidades procesales[38]. Estas medidas coinciden abiertamente con buena parte de las pretensiones que podrá plantear quien solicite una adaptación por cuidado de familiares: suspensión de la relación o exoneración de la prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse. También resultarán especialmente adecuadas para los supuestos en los que la persona trabajadora se oponga a la puesta en práctica de una modificación de condiciones acordada por la empresa que pudiera afectar negativamente, o hacer inoperativo, su derecho al cuidado de familiares. En este punto, el segundo apartado del art. 139 LRJS, a diferencia del primero, no prevé que la adopción de tales medidas cautelares durante el juicio pueda servir para exonerar al empleador de la indemnización por daños y perjuicios.

La figura del coadyuvante, característica del proceso de tutela de derechos fundamentales, no se contempla en cambio en el especial del art. 139 LRJS. Pudiera resultar una oportunidad muy favorable que el cuidador que solicite una adaptación o se oponga a una modificación de condiciones de trabajo pudiera beneficiarse de la ayuda prestada por un sindicato o, especialmente, por una asociación entre cuyos fines se encuentre la defensa del derecho a la igualdad y no discriminación de los cuidadores, o cualquier otra "asociación pública o privada orientada a la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados" (art. 177.2 LRJS). Bien es cierto que, en este punto, el art. 17.2 LRJS permite a los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto su actuación en cualquier proceso "en defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en todas las materias atribuidas al orden social". La propia Directiva hace frecuentes llamamientos al papel de los sindicatos, inspecciones de trabajo y otros organismos encargados de hacer cumplir los derechos de los trabajadores. En cuanto a la posible intervención como coadyuvantes de las asociaciones para la defensa de la igualdad, no ha de olvidarse que la Directiva (UE) 2019/1158 muestra su preocupación por garantizar que los trabajadores "gocen de una protección judicial adecuada contra cualquier trato o consecuencia desfavorable", así como que las víctimas "puedan verse disuadidas a ejercer sus derechos" ante el riesgo de futuras represalias[39]. A tal fin, prevé la competencia de "los organismos nacionales de fomento de la igualdad" para ejercer las funciones relacionadas con la lucha contra la discriminación, como la tarea de proporcionar asistencia independiente a las víctimas de discriminación[40].

A su vez, el art. 177.1 LRJS permite subsanar una omisión llamativa en el texto del art. 139 LRJS: la concurrencia de un litisconsorcio pasivo en el caso de que la medida solicitada o impugnada pueda afectar a otros trabajadores, o bien cuando la conducta de estos -obstaculizando la solicitud del demandante- resulte determinante de la respuesta empresarial. A diferencia de otras modalidades procesales en las que pueda concurrir un supuesto similar, como sucede con las de vacaciones (art. 125.d LRJS) o de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 138.2 LRJS), el art. 139 LRJS no prevé la posibilidad de demandar a otros trabajadores respecto de los que el demandante afirme tener un derecho de preferencia en la solicitud, disfrute o reversión de la adaptación solicitada. Frente a ello, el art. 177.1 LRJS permite al demandante formular pretensiones "contra terceros vinculados al empresario por cualquier título", siempre que la pretensión "tenga conexión directa con la prestación de servicios". Así pues, en los supuestos en los que la empresa fundamente su negativa a la concesión de la adaptación solicitada en el supuesto perjuicio que esta causaría a para los derechos de terceros trabajadores, nada impediría -incluso sería conveniente- que estos fuesen también demandados y se garantizase así su posible intervención en el proceso.

[38] Aun cuando las medidas cautelares resultan un elemento característico del proceso de tutela de derechos fundamentales, el art. 139 LRJS admite su solicitud, con expresa remisión a las contempladas por el art. 180.4 LRJS.

[39] Considerando n.º 44.

[40] Considerando n.º 45.

Sin duda, una de las diferencias más relevantes entre ambas modalidades procesales reside en la recurribilidad de sus sentencias. El art. 139 LRJS prevé una sentencia irrecurrible, salvo en el caso de que a su pretensión principal se hubiera acumulado una pretensión indemnizatoria superior a 3.000€ (art. 139.1.b LRJS). Sin embargo, cuando a esta modalidad procesal se añaden las garantías del proceso de tutela, la sentencia resultante es siempre recurrible en suplicación, con independencia de la cuantía indemnizatoria.

A la vista de la más reciente jurisprudencia y doctrina judicial que aplica la Directiva (UE) 2019/1158, queda por determinar si toda controversia entre trabajadores y empleadores sobre el derecho de adaptación de las condiciones de trabajo con el fin de conciliación presenta, automáticamente, una dimensión constitucional, o si para ello resulta aplicable el requisito exigido por el art. 181.2 LRJS[41], que obligaría al solicitante de la adaptación a justificar "la concurrencia de indicios de que se ha producido" la lesión del derecho fundamental alegado.

2.2. El objeto complejo de la modalidad especial del art. 139 LRJS

La combinación entre el art. 34.8 ET y las garantías previstas por la Directiva (UE) 2019/1158 en favor de los cuidadores puede lugar a una extraordinaria ampliación del objeto del proceso regulado en el art. 139 LRJS. Esta modalidad procesal deja de ocuparse, con carácter casi exclusivo, de las discrepancias en materia de disfrute de permisos vinculados a la maternidad o paternidad, así como al cuidado de los hijos hasta el cumplimiento de una determinada edad. Nada preveía respecto de las personas trabajadoras con obligaciones de cuidado de otros familiares distintos de los hijos.

Aunque la gran mayoría de los supuestos continúan resolviendo pretensiones relativas a los derechos de conciliación de los progenitores, el objeto del actual art. 139 LRJS admite, como se ha indicado, pretensiones en materia de cuidado de familiares más allá de las derivadas de la maternidad y paternidad.

2.2.1. Solicitudes de adaptación de tiempo y forma de trabajo, o de modificación de las condiciones laborales que venía disfrutando la persona trabajadora

El art. 34.8 ET no concreta en qué pueden consistir estas nuevas fórmulas de "variación en la forma de prestación del trabajo" para ocuparse de las obligaciones de cuidado, exigidas por el art. 9 de la Directiva (UE) 1158/2019. No obstante, el tipo de adaptaciones que puede solicitar la persona trabajadora se amplía a la asignación de un horario distinto al que venía disfrutando (reducido, ampliado o, simplemente, diferente[42]), una distribución regular o irregular de su tiempo de trabajo a lo largo de su jornada (por ejemplo, trabajando solo determinados días a la semana, al mes o al año); la posibilidad de emplear una jornada flexible; de no someterse a un régimen de turnos incompatible con sus deberes de cuidado, o a que se le adscriba a un turno fijo que haga factible estos deberes[43]. A su vez, además de la solicitud del trabajo a distancia en lugar del trabajo presencial[44], expresamente referido en el texto legal, también se han admitido, subordinadas a su carácter

[41] De acuerdo con este precepto: "En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

[42] La SJS de Logroño de 27 de enero de 2021 (sentencia n.º 20/2020) estimó la siguiente concreción horaria propuesta por la trabajadora para permitir la conciliación de su vida laboral y familiar: de 8:00 a 14:00 horas, de lunes a jueves; viernes libres; sábados alternos y domingos y festivos en los que, según calendario, le correspondiese trabajar. A su vez, la ya citada SJS de León de 3 de marzo de 2020, concedió la adaptación horaria solicitada por la trabajadora, madre de un hijo menor de 12 años: lunes a viernes de 13:00 a 19:00 horas o, alternativamente, de 14:00 a 20:00 horas. En la misma línea, la SJS Valladolid de 14 de febrero de 2020 (sentencia n.º 16/2020), en la que se solicitaba concreción horaria en un horario fijo de mañana de 9:00 a 14:00 horas de martes a viernes y los sábados de 9:00 a 13:15 horas.

[43] STSJ Canarias (Las Palmas) de 18 de septiembre de 2021 (Rec. 577/2020).

[44] SJS n.º 31 Madrid de 20 de diciembre de 2021 (sentencia n.º 448/2021).

necesario y proporcionado, otras pretensiones menos habituales hasta el momento, como el cambio de centro de trabajo hacia otro más cercano al del domicilio del solicitante, donde se encuentran las necesidades de cuidado[45].

2.2.2. Impugnación de las modificaciones operadas en las condiciones de trabajo, que hagan imposible o dificulten la conciliación

En este punto pueden incluirse las demandas por las que las personas trabajadoras se opongan a la efectividad de una modificación operada sobre sus condiciones de trabajo que pueda impedir o dificultar el ejercicio de su derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

Entre las escasas demandas que, hasta el momento, se han planteado por cuidadores, destaca la STSJ Galicia de 18 de febrero de 2022. En ella, la trabajadora empleó la modalidad especial del art. 139 LRJS para solicitar una adaptación de jornada por mayores a cargo. En particular, se opuso a la decisión empresarial por la que se le adscribió al turno de tarde después de varios años en los que había venido desarrollando el turno de mañana. Para la trabajadora, esta modificación en sus condiciones de trabajo suponía una "importante alteración de la organización y coordinación que tenía establecida para llevar a cabo el cuidado de su padre y de su madre, en tanto que se vería obligada a reorganizar tal cometido por el cambio de turno". En consecuencia, no se limitó a oponerse a esta modificación empresarial, sino que, además, solicitó una adaptación de la jornada, con dos propuestas: la primera, con una adscripción horaria de 9:00 a 16:00 horas; y la segunda, con adscripción entre las 8:00 y las 15:00 horas. Es esta una de las muchas solicitudes de adaptación de jornada recibidas en los tribunales, pero una de las pocas que tienen como causa de conciliación el cuidado de mayores.

2.2.3. Denuncia del incumplimiento empresarial de la ejecución de una medida previamente acordada en materia de conciliación

En relación con los derechos de conciliación vinculados a la maternidad, la discriminación por razón de sexo no solo se produce cuando a la mujer trabajadora se le niega uno de esos derechos asociados a la maternidad, sino también cuando, pese a su inicial reconocimiento y ejercicio, se le cause un perjuicio efectivo y constatable que consista en un "trato peyorativo en sus condiciones de trabajo", o en "una limitación o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales en la relación laboral", por la exclusiva razón del ejercicio previo de ese derecho[46], o cuando, habiéndose reconocido este, su disfrute deviene irreal.

En esta línea y con carácter reciente destaca la STJS Galicia de 20 de diciembre de 2021[47], que pone de manifiesto cómo la concesión formal de una reducción de jornada por parte de la empresa como medida de conciliación puede verse privada de toda eficacia si, correlativamente, no se reduce la carga de trabajo[48]. Por ello la sentencia recuerda que "la realidad es que la actora ha reducido su jornada, pero no se ha demostrado que se hubiera reducido su carga de trabajo en similar proporción para que el disfrute de su derecho constitucional sea real y efectivo".

[45] STSJ Galicia de 25 de mayo de 2021 (Rec. 335/2021).
[46] STC 233/2007, de 5 de noviembre.
[47] Rec. 4640/2021.
[48] En términos muy esquemáticos, a la actora se le había permitido reducir su jornada, pero no se había aceptado su solicitud de concreción del tiempo de trabajo y, además, acreditaba que el número de expedientes que se había visto obligada a realizar durante su jornada reducida por conciliación era igual que el de sus compañeros con jornada completa.

2.2.4. Reversión de las condiciones de trabajo flexible previamente acordadas por causa de conciliación

De acuerdo con el considerando n.º 35 de la Directiva (UE) 2019/1158, los Estados miembros pueden limitar la duración de las fórmulas de trabajo flexible, incluso si se trata de una reducción de horario o cualquier fórmula de trabajo a distancia. El motivo de esta limitación se deja claro y no es otro que beneficiar a las mujeres cuidadoras de familiares con necesidades de cuidados o asistencia, para evitar que los largos períodos de horarios reducidos puedan dar lugar a un descenso de las cotizaciones a la seguridad social, lo que se traduce en prestaciones reducidas o, en el peor de los casos, inexistentes. A este mandato trata de responder el art. 34.8 ET cuando prevé el derecho de la persona trabajadora a solicitar el reingreso "a su jornada o modalidad contractual anterior, una vez concluido el período acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el período previsto".

Si la duración de las fórmulas de trabajo flexible estuviera sujeta a determinados límites, ya sean estos temporales o de otro tipo, "el trabajador tendrá derecho a volver a su modelo de trabajo original al término del período acordado", pero también "antes de que finalice el período acordado siempre que lo justifique un cambio en las circunstancias". Esta solicitud habrá de ser analizada y atendida por la empresa "teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores".

Este reingreso a las anteriores condiciones de trabajo podrá exigirse también a través de la vía procesal regulada por el art. 139 LRJS. Con todo, parece tratarse de una pretensión asignada, en exclusiva, a la persona trabajadora. Dicho de otro modo, no parece posible que el art. 139 LRJS pueda acoger la pretensión de un empleador que, ante el fin del período acordado o ante un cambio de circunstancias, pueda exigir el reingreso a dichas condiciones. Parece obvio que las armas que tendrá el empleador para forzar a este reingreso no serán las mismas en el caso de una previa adaptación de las condiciones de trabajo sujeta a un determinado período temporal -pactado mediante acuerdo individual o colectivo- o condicionada al cuidado de una determinada persona o la subsistencia de un determinado grado de discapacidad, que en el caso en el que se haga depender de condiciones más genéricas, como la posible mejoría del destinatario de los cuidados o la convivencia de este con la persona trabajadora. Piénsese así en los conflictos que podrían derivarse ante una mejoría que, sin embargo, no evite la necesidad de cuidados; o ante la situación de quien en el momento de la concesión de la medida convivía permanentemente con la persona cuidada y, con posterioridad, pasa a compartir dicha convivencia con otra persona en períodos regulares o irregulares a lo largo del año. Estos últimos supuestos quedarían condicionados a las diferentes valoraciones de las partes, o bien al deber de información del trabajador a su empleador sobre un cambio en las condiciones.

Además, tanto en uno como en otro caso, el empleador habría de utilizar la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 ET para reponer al trabajador en sus anteriores condiciones[49]. Esta pretensión empresarial no formaría parte del objeto del proceso regulado en el art. 139 LRJS, ni figura protegida por las garantías contempladas en la Directiva (UE) 2019/1158. Por supuesto, tampoco se contempla expresamente que la empresa pueda exigir un retorno anticipado a las condiciones anteriores en el caso de que, a juicio de la empresa, hubieran cambiado las condiciones.

Será también interesante comprobar la evolución del tratamiento jurisprudencial de los supuestos en los que la adaptación de las condiciones de trabajo o la oposición a las modificaciones pretendidas por la empresa se fundase en la necesidad de cuidar y atender a más de una persona. El solicitante de la medida de conciliación tuvo que haberla vinculado, en su momento, al cuidado de una persona concreta. Así, la adaptación de jornada, de horario, puesto de trabajo o, incluso,

[49] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Medidas para la conciliación…", cit., p. 460.

modalidad de trabajo a distancia pudo haberse vinculado al cuidado de un determinado progenitor y su evolución será la que permita valorar cuándo puede exigirse la reversión de las condiciones. En consecuencia, parece lógico pensar que, en caso de que surja la necesidad de cuidar a otra persona distinta, haya que solicitar una nueva adaptación de las condiciones laborales.

2.3. La acreditación de las necesidades de las partes: las reglas de distribución de la carga de la prueba

Uno de los aspectos más controvertidos que plantea la modalidad procesal regulada en el art. 139 LRJS reside en la correcta interpretación de las reglas sobre la carga probatoria. Resulta necesario establecer un criterio que determine qué elementos y circunstancias han de ser probados en juicio por cada una de las partes enfrentadas para la correcta valoración de la pretensión. No ha de olvidarse que la vía judicial supone el último recurso ante dos opciones preferentes: el procedimiento pactado a través de la negociación colectiva o, en su defecto, la negociación entre ambas partes, con carácter previo a la vía judicial y durante un período máximo de treinta días. Ante la falta de acuerdo, dicha negociación podrá dar como resultado ofertas y contraofertas por cada una de las partes, que habrán de estar debidamente justificadas. Así, la persona trabajadora habrá de justificar el carácter razonable y proporcionado de las medidas de adaptación que propone en relación con sus propias necesidades y las necesidades organizativas o productivas de la empresa. A su vez, la empresa que desestime la propuesta de la persona trabajadora habrá de plantear una propuesta alternativa que permita las necesidades de conciliación de aquella, o bien si deniega la propuesta planteada por la persona trabajadora, habrá de indicar en todo caso "las razones objetivas" que fundamentan su negativa.

Desde un punto de vista procesal, en la medida en la que de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158, el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral ha de ser considerado como un derecho fundamental de las personas trabajadoras con necesidades familiares, el demandante que traiga al proceso una pretensión discriminatoria por indebida aplicación de sus derechos de conciliación, podrá beneficiarse de las reglas procesales sobre distribución de la carga probatoria que reconocen los artículos. 96.1 y 181.2 LRJS con carácter general[50]. Por consiguiente, si de las alegaciones de la parte trabajadora se dedujese la posible vulneración del derecho fundamental, corresponderá al demandado "la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

2.3.1. La actividad probatoria de la persona trabajadora

De acuerdo con las reglas citadas, podría beneficiarse de las reglas de inversión de la carga de la prueba la persona trabajadora que, para el ejercicio de sus tareas de cuidado, hubiera solicitado una adaptación de sus condiciones de trabajo. Como bien han precisado los tribunales, estas personas disfrutan de un derecho de propuesta que requerirá de una aceptación por parte de la empresa y, en caso de desacuerdo, de concesión judicial. Es aquí donde surgen los principales problemas procesales en materia probatoria.

En el proceso judicial se le exigirá al demandante que acredite determinados elementos:

2.3.1.1. Existencia de un interés conciliatorio o necesidad de conciliación de la persona solicitante

Ni la LRJS ni el propio art. 34.8 ET definen lo que ha de entenderse por conciliación ni por necesidad o interés conciliatorio, al que la Directiva (UE) 1158/2019 añade ahora las necesidades de cuidado de familiares o convivientes.

[50] También en esta línea, véase art. 13 LOI.

Por ello resulta imprescindible integrar la interpretación del art. 139 LRJS con el objeto de la Directiva. La línea común seguida por nuestros tribunales a la hora de exigir la acreditación de la necesidad de cuidado en los supuestos previstos por el art. 139.1 LRJS se centra en la concurrencia del supuesto de hecho requerido por cada supuesto que se ejercita[51]. Esta interpretación queda perfectamente resumida en la ya citada STSJ Galicia de 25 de mayo de 2021: "el titular del derecho no tiene que demostrar una especie de necesidad insuperable de conciliación", sino la sola existencia de dicha necesidad. Para ello, indicó, "la actora tiene como única carga la demostración de la existencia de hijos menores de doce años, su deseo de conciliar y que lo solicitado le facilita dicha conciliación familiar". En el mismo sentido, la también citada STSJ Galicia de 20 de diciembre de 2021 consideró como indicios "claros" y "suficientes" los siguientes: "la actora acredita que tiene reconocida la reducción de jornada con concreción horaria por cuidado de hijos menores, que es la única trabajadora de su Departamento que tiene reconocido dicho derecho, que acredita la existencia de excesos de jornada y de encomienda de trabajos coincidentes con el horario que tiene concretado por conciliación, y que en términos numéricos tiene una carga de trabajo similar a la de sus compañeros de Departamento que no gozan de reducción de jornada".

Más problemas, sin embargo, puede presentar la acreditación por el demandante de la necesidad de cuidado requerida por el art. 9 de la Directiva (UE) 2019/1158 para el disfrute de las fórmulas de trabajo flexible, a las que se refiere el art. 139.2 LRJS. Resulta obvio que solo en la medida en la que se acredite la necesidad de cuidado podrá surgir el derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo de los cuidadores[52]. Por tal motivo, sería deseable que una mayor concreción normativa sobre los elementos que pudieran acreditar tal necesidad. Los tribunales han admitido para ello informes médicos o informes elaborados por los servicios sociales, como la STSJ Galicia de 18 de febrero de 2022[53] que, con ambos informes, estimó que la necesidad de conciliación "está acreditada y no se discute". En ellos se indicaba que los padres de la trabajadora solicitante precisaban de sus cuidados para las necesidades básicas de la vida diaria, pero también se hacía constar que la solicitante era la principal cuidadora de ambos, pues, aunque tenía un hermano, este no se encontraba capacitado para cumplir con sus deberes de cuidado por estar afectado por una minusvalía reconocida del 65%, que también se acreditaba con el correspondiente certificado de discapacidad. Es inevitable pensar qué hubiera sucedido si la trabajadora solicitante de la adaptación de jornada para el cuidado de sus padres no hubiera aportado dicho documento.

Si bien es necesario que el solicitante de la medida de conciliación acredite la existencia de una necesidad de cuidado, resulta mucho más polémico determinar si también ha de acreditar que es la única persona capaz de atender a dicha necesidad. O bien, en otras palabras, que no existe otra persona que pueda ocuparse de dichos cuidados. Es una práctica frecuente que las sentencias, como un elemento más para valorar la concesión de la medida conciliatoria propuesta, especialmente en materia de cuidado de hijos, atiendan a esta circunstancia o, al menos, la mencionen expresamente, algunas con gran exhaustividad[54]. Entre ellas, por su carácter reciente, destaca la STSJ Canarias

[51] Véase al respecto RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: "La tutela judicial…", cit., p. 333.

[52] Destaca en este punto la ya citada SJS n.º 31 Madrid de 20 diciembre 2021, respecto de la solicitud de teletrabajo durante todos los días de la semana presentada por una trabajadora por necesidades de conciliación: "la parte actora no acredita en qué medida perjudica a su vida familiar el hecho de trabajar presencialmente en Madrid algunos días a la semana, tendiendo además en cuenta que no tiene hijos a su cargo, por lo que las cargas familiares son inferiores".

[53] Rec. 7045/2021.

[54] Esta exigencia ha sido duramente criticada por CASAS BAAMONDE, M. E.: "Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislación y juez", *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 10, 2010, pp. 173 y ss. También sobre esta cuestión, a la que define como "irrelevancia del principio de corresponsabilidad en el proceso de tutela y los principios de privacidad y libre organización familiar", véase RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *op. cit*., p. 335-336.

(Las Palmas) de 17 de octubre de 2020[55]: para resolver la solicitud de concreción horaria en un turno fijo de mañana, valoró también la acreditación por la trabajadora solicitante de la imposibilidad de atención a los menores por parte de su pareja, el horario laboral de esta y las particulares condiciones de su actividad[56].

En otros casos, la mención a la existencia de una pareja incapaz de hacerse cargo de los cuidados aparece, aunque con menor intensidad, indicándose, por ejemplo, que "también ha de tenerse presente que el marido de la actora es funcionario de IIPP con destino en Zaragoza y, por tanto, no puede hacerse cargo de los deberes de corresponsabilidad en relación con su hijo, durante la semana laboral"[57]. También la incompatibilidad horaria de los centros escolares con los horarios de trabajo de la persona solicitante se ha tenido en cuenta como un elemento más para justificar la necesidad de la medida conciliatoria[58]. Asimismo, en materia de cuidado de familiares, la sola presencia de otro hermano con una minusvalía del 65% que "no puede participar en el cuidado", también resultó determinante para apuntalar la acreditación de la necesidad de conciliación.

También algunas empresas exigen estos datos para valorar el carácter necesario y proporcionado de la solicitud en la que basar su respuesta. En el extremo se encuentra la situación conocida por la ya citada STSJ Canarias (Las Palmas) de 18 de septiembre de 2021, en la que la empresa subordinó la concesión de la medida de conciliación propuesta a que la actora, con carácter "imprescindible" aportase los siguientes datos: "horas lectivas de los menores, si tienen atenciones específicas; horas extraescolares; quien convive con los menores; horarios y períodos de vacaciones; quién recoge a los menores; sobre qué horario de entrada y salida de recogida de los menores, si comen en el comedor, si tienen una enfermedad, quién los cuidaría, así como cualquier otra documentación que resulte de interés a estos efectos". Ante la protesta de la trabajadora, la empresa manifestó "no entender la negativa de la actora a facilitar la documentación requerida", motivo que le llevó a denegar la petición. Para evitar este tipo de situaciones, además de los convenios colectivos, los planes de igualdad resultarán una vía imprescindible para regular el tipo de información exigible por la empresa a estos efectos y la vulneración del derecho a la protección de datos y a la intimidad.

Sirva como colofón a tan polémica cuestión la reflexión de la STSJ Galicia de 28 de mayo de 2019: "cualquier valoración sobre cómo deba llevarse a efecto la organización o intendencia familiar excede de lo que es ponderable por un órgano jurisdiccional"[59].

2.3.1.2. La adecuación de la medida propuesta a la necesidad conciliatoria alegada

Una vez acreditada la necesidad de conciliación, parece claro que, quien proponga una medida concreta de adaptación a estos efectos, haya de acreditar también el carácter necesario de la medida para este fin, así como que la negativa empresarial a su concesión supone un trato perjudicial para la persona solicitante.

Reproduciendo la expresión empleada por el art. 34.8 ET, las adaptaciones solicitadas por la persona trabajadora "deberán de ser razonables y proporcionadas en relación con" sus propias necesidades, así como "con las necesidades organizativas o productivas de la empresa". Parece claro que la valoración de la medida en estas no ha de ser aportada por la persona solicitante, sino que será un elemento que haya de probar la empresa que la deniegue. En cambio, para quien solicite será

[55] Esta sentencia trae su origen en la SJS n.º 10 de Las Palmas, de 17 de octubre de 2020, que desestimó la demanda presentada por la trabajadora, madre de dos menores de edad, que reclamó reducción horaria por cuidado de hijo, así como el reconocimiento de concreción horaria en turno fijo de mañana.

[56] En concreto, se acreditó que "el padre de los menores tiene un horario fijo de tarde, de 14:00 a 22:00 horas, y por su categoría profesional dentro de la Empresa para la que trabaja, debe hacer visitas de seguimiento a las diferentes estaciones en las Islas y en Barcelona, realizando desplazamientos" (FJ Décimo Segundo).

[57] Así, en la SJS León de 3 marzo de 2020, cit.

[58] También en la SJS León de 3 marzo de 2020, cit.

[59] Rec. 1492/2019.

fundamental acreditar la adecuación de la medida - la adaptación solicitada, la impugnación del cambio pretendido por la empresa o la denuncia del incumplimiento de la ejecución de una medida de conciliación previamente concedida- al pleno ejercicio de su derecho a la conciliación y su adecuación a la finalidad de cuidado. Lo expresa con gran claridad la STSJ Galicia de 18 de febrero de 2022, ya citada, cuando afirma que: "la necesidad de conciliación de la parte actora (…) no pasaría tanto por realizar un turno de mañana o de tarde, sino por mantener el turno que ya viene realizando en los últimos años, que es el de mañana. Pues parece evidente que teniendo a dos familiares a su cargo, el trabajo de cuidado y atención de los mismos, y la organización de los medios que a tal efecto haya de articular para compatibilizar la vida laboral con la familiar, se verá seriamente dificultado con una modificación del turno que realiza en su prestación de servicio para la demandada".

La ponderación entre las necesidades de cuidado y las dificultades de organización de la empresa será imprescindible también cuando en su demanda la persona solicitante incluya más de una propuesta de adaptación. En estos casos, al órgano judicial corresponderá decidir cuál de las propuestas reflejadas se adapta en mayor medida a las necesidades conciliatorias y, al tiempo, ocasiona menores dificultades organizativas y productivas para la empresa.

2.3.1.3. El perjuicio para la persona solicitante de la negativa empresarial

Resulta, en este punto, necesario que el solicitante de la medida de conciliación acredite el perjuicio que, para la vida familiar, ocasionaría la negación de la medida conciliatoria o bien la efectiva implantación de la medida organizativa empresarial que se impugna por causas de conciliación[60]. En cierto modo, este elemento resulta ser el reverso de dos condiciones acreditadas con anterioridad: la existencia de una necesidad conciliatoria y la adecuación de la adaptación propuesta por la persona solicitante para este fin.

Este perjuicio puede traducirse en la imposibilidad absoluta de llevar a cabo la actividad conciliatoria sin la adaptación solicitada. Pero no siempre tiene que ser así y puede ser suficiente con que la actuación empresarial obstaculice la actividad de cuidado, por ejemplo, obligando a la persona trabajadora a reorganizar el sistema de cuidados que pudiera tener establecido hasta el momento. Así se consideraron acreditadas "las especiales dificultades que presenta la organización de la vida familiar de la parte actora, con dos personas a cargo que necesitan asistencia y cuidado, y sin que consten otros familiares que se puedan hacer cargo de las mismas"[61]. En tal caso, el órgano judicial habrá de valorar el mayor perjuicio que la medida supone para la parte trabajadora y para la empleadora, si bien dicha comparación ha de hacerse siempre bajo la óptica del respeto al derecho fundamental.

2.3.1.4. Irrelevancia de la voluntad de discriminar

La vulneración de un derecho fundamental puede producirse aun cuando no exista intención lesiva, siendo "lo único relevante es que el contenido esencial (…) haya resultado menoscabado". Así pues, bastará con que quede probado "que el factor protegido estuvo en la base del perjuicio o minusvaloración laboral sufrido por la mujer trabajadora" (STC 2/2017). Se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección, todo ello con irrelevancia de que concurra o no una "intencionalidad" lesiva en el agente que haya afectado al derecho[62].

[60] En esta línea, la SJS n.º 31 de Madrid de 20 de diciembre de 2021 desestimó la solicitud de teletrabajo diario para conciliar la vida laboral y familiar "porque no se acreditó el perjuicio de la vida familiar por trabajar presencialmente en Madrid algunos días a la semana, teniendo además en cuenta que no tiene hijos a su cargo".

[61] STSJ Galicia de 18 de febrero de 2022, cit.

[62] Véase, en este sentido, la exposición de la jurisprudencia constitucional que, al respecto, ofrece la STSJ Galicia de 25 de mayo de 2021, cit.

2.3.2. La actividad probatoria de la empresa

De acuerdo con las reglas procesales ya referidas, una vez que la persona trabajadora proponga la adaptación que le resulte más conveniente para cumplir sus necesidades de conciliación para el cuidado, la empresa habrá de aportar "una justificación objetiva y razonable" en la que pueda basar su oposición a esta medida.

El considerando n.º 36 de la Directiva (UE) 2019/1158 aporta algunas pistas al respecto, al permitir que los empleadores que examinen las fórmulas de trabajo flexible puedan tener en cuenta para tomar su decisión, entre otras cosas, "la duración de la fórmula de trabajo flexible solicitada, así como sus recursos y su capacidad operativa para ofrecer dichas fórmulas".

Por su parte, el párrafo cuarto del art. 38.4 ET solo exige a la empresa que deniegue la adaptación solicitada por la persona trabajadora que indique "las razones objetivas en las que se sustenta la decisión". Esta exigencia ha sido a menudo identificada con las razones organizativas que sustentan la denegación, ya sea total o parcial, de la solicitud. No obstante, la interpretación jurisprudencial de este requisito no parece dejar duda alguna: no es posible que el órgano judicial valore exclusivamente dichas razones organizativas, sin tener en cuenta las circunstancias familiares y personales de la persona trabajadora que fundamentan sus necesidades de conciliación. En palabras de la STC 119/2021, "sí nos corresponde valorar desde la perspectiva constitucional que nos es propia, y a la vista del derecho fundamental invocado, la razón o argumento en virtud de los cuales la sentencia impugnada desestima la petición de la solicitante de amparo de no seguir prestando servicios los sábados de acuerdo con la jornada reconocida desde que comenzó a disfrutar de su derecho a la reducción de jornada por guarda legal".

En este punto, ha resultado determinante el criterio conforme al cual, una vez acreditada la existencia de una necesidad de conciliación y la adecuación de la medida solicitada a aquella, la solución al litigio no puede hacerse depender del cumplimiento o el ajuste de la negativa empresarial a los requisitos de la legalidad ordinaria. En tal punto, la STC 119/2021 recordó que "una vez que se puso de manifiesto que la trabajadora estaba disfrutando de una reducción de jornada por cuidado e hijos, el órgano judicial no podía prescindir de analizar si la modificación del horario que venía disfrutando suponía un perjuicio para la demandante y obstaculizaba o perjudicaba la compatibilidad de su vida familiar y laboral". Lo contrario supondría "no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE en relación con el art. 39.3 CE"[63]. En otras palabras, el derecho de adaptación del puesto de trabajo constituye una de las manifestaciones para hacer efectiva la dimensión constitucional del derecho a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Por tanto, la negativa empresarial a la adaptación solicitada puede afectar al contenido esencial del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y constituir una conducta discriminatoria.

Además, no ha de perderse de vista que, en ciertos casos, no es en el momento de la concesión cuando se produce la conducta discriminatoria o el trato menos favorable, sino con posterioridad a la concesión de la medida solicitada, durante el período en el que esta se ejecuta y se aplica (STC 79/2020). De nuevo la STC 119/2021 insiste en que la posibilidad de que las razones empresariales de carácter organizativo que fundamenten una denegación de las medidas de conciliación solicitadas podrían constituir un supuesto de discriminación indirecta, en la medida en que, aunque se trate de razones aparente y formalmente neutras, podrían perjudicar en la práctica la conciliación de la vida familiar y laboral de la persona trabajadora. En la propia sentencia, la trabajadora había solicitado una reducción de jornada por cuidado de hijos, que le había sido concedida. Posteriormente solicitó la exclusión de su participación en el sistema de guardias y una

[63] Así, afirma el Tribunal, el reproche realizado a la sentencia de instancia "no es tanto ni solo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado".

concreción horaria para el cuidado de menor en atención a unas necesidades concretas, que le fue denegada. Esta última denegación es la que vulnera el derecho fundamental. Por lo tanto, el derecho a la no discriminación por conciliación no se vulnera solamente denegando la petición original, sino también en las sucesivas adaptaciones, modificaciones o reversiones que guarden relación con el ejercicio de este derecho.

La justificación empresarial ha de ser, además, suficiente para cubrir todas las pretensiones del trabajador. También en el caso en el que la empresa hubiera aceptado solo una parte de las medidas solicitadas por este[64]. A tal efecto se han admitido como razones organizativas suficientes para justificar una denegación de la solicitud de adaptación, o para imponer una modificación de las condiciones disfrutadas por la persona trabajadora en atención a sus necesidades de conciliación, las siguientes:

2.3.2.1. Dificultades organizativas de la empresa

Es claro que dichas dificultades resultan un factor previsto por el propio art. 34.8 ET como límite al derecho de adaptación solicitado. Pero no lo es menos que dicho límite viene determinado no por la existencia de estas, sino por el grado de afectación que la propuesta de la persona trabajadora puede ocasionar sobre dichas necesidades. Así las cosas, las adaptaciones deberán ser "razonables y proporcionadas en relación con" las necesidades organizativas y productivas de la empresa. En consecuencia, el mero hecho de que una solicitud de adaptación genere dificultades organizativas y productivas no es causa suficiente para su denegación si estas no son desproporcionadas o innecesarias en relación con las necesidades de la persona trabajadora.

Las dificultades organizativas pueden derivar de lo dispuesto en el pacto de articulación de las condiciones de trabajo que impide que un trabajador realice guardias dos fines de semana seguidos y derivadas también de la petición presentada por uno de los empleados del mismo departamento de no hacer guardias los sábados y de que otra empleada no quiere hacer las guardias ella sola y quiere volver a la situación anterior a la reducción de jornada de la demandante (STC 119/2021).

En otros supuestos, las causas organizativas o productivas que fundamentan la negativa empresarial vienen determinadas por las necesidades del servicio ("alegando, en esencia, que en las franjas horarias en las que solicita trabajar la actora, existe un número de trabajadores superior al requerido y en las que no trabajaría, ocurriría lo contrario"[65]); inexistencia de vacantes que ofertar[66].

En cambio, no se admitió como motivo de oposición empresarial la ausencia de trabajadores voluntarios para cambiar su turno y permitir, con ello, la adaptación solicitada por la persona trabajadora, ya que "el art. 34.8 ET no supedita el derecho de conciliación que reconoce a que existan otros trabajadores/as voluntarios para cambiar su horario y facilitar la adaptación de la jornada"[67].

[64] Así lo exigió la STSJ Canarias (Las Palmas) de 18 de septiembre de 2021 respecto de un supuesto en el que la empresa había reconocido el derecho de la trabajadora a reducir su jornada en el porcentaje solicitado pero, en cambio, denegó la concreción horaria en un turno fijo de mañana.

[65] La SJS León de 20 de marzo de 2020 consideraría insuficiente este argumento empresarial, dado que "en el centro de trabajo en el que presta sus servicios la actora hay unos 400 trabajadores; en el concreto servicio o campaña en que está destinada (atención al cliente, 1004) hay 180 trabajadores; de ellos tan sólo a uno (1) se le ha concedido adaptación de jornada conforme al art. 34.8 ET: existen otros 8 que lo han solicitado y se les ha denegado; de modo que, como mucho se puede presentar alguna dificultad organizativa a la empresa, pero en modo alguno la imposibilidad de reorganizar el servicio, por la concesión a la actora de lo que pide".

[66] STSJ Galicia de 25 de mayo de 2021, cit.

[67] STSJ Galicia 18 de febrero de 2022, cit.

2.3.2.2. Hipotéticos o previsibles inconvenientes que la estimación de la adaptación solicitada pudiera ocasionar

Al respecto, es posible alegar tanto los perjuicios que la aceptación de la solicitud de la persona trabajadora pueda ocasionar a la empresa, como los que puedan derivarse para el resto de los compañeros de la persona solicitante. Así sucedió en el supuesto de hecho examinado por la STC 119/2021, donde la concesión a la trabajadora del turno fijo de mañana que solicitaba supondría ambos tipos de perjuicio. Por una parte, "supondría un innecesario e injusto perjuicio económico para la empresa demandada", ya que si se le impusiera el turno de mañana solicitado por la trabajadora "su coste salarial no sería sufragado por la Administración". Además, su concesión también podría acarrear perjuicio para los otros trabajadores, puesto que "los demás Auxiliares Técnicos Educativos nunca podrían prestar servicios en turno de mañana, teniendo que trabajar siempre en turnos de tarde y noche, lo que evidentemente les perjudicaría, además de que le limitaría sus posibilidades de conciliación de su vida familiar y profesional".

En tercer lugar, también se han alegado como causa de desestimación empresarial de la solicitud del trabajador las importantes repercusiones organizativas que tendría su aceptación en el horario de los demás trabajadores[68], si bien resulta cuando menos dudosa su utilidad para denegar la petición planteada. Así, la citada STSJ Canarias (Las Palmas) de 18 de septiembre de 2020 rechaza que puedan ser objeto de valoración los hipotéticos inconvenientes que la medida solicitada pudiera ocasionar al resto de compañeros de la trabajadora. Para la Sala es preciso "atender a la razón de ser de la normativa en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, que no es otra que ponderar los intereses en juego dando prevalencia al derecho de conciliación de la vida familiar" del solicitante, especialmente cuando "no consta que el resto de la plantilla tenga cargas familiares ni que se hayan formulado o atendido otras solicitudes de conciliación de la vida familiar".

A su vez, la afectación sobre los derechos de conciliación adquiridos por otros empleados puede suponer un importante factor de consideración que hubiera requerido de un litisconsorcio pasivo necesario. La LRJS establece este deber en la modalidad especial de vacaciones (art. 136 LRJS) y clasificación profesional (art. 137 LRJS) para los casos en los que la determinación de la fecha de vacaciones o del ascenso solicitado por el demandante pudiera afectar a la fecha de vacaciones ya asignada a otros trabajadores o al ascenso de otro trabajador. Parece comprensible que se adopte una medida similar respecto de las pretensiones de adaptación de jornada cuya negativa se fundamentase en las importantes dificultades organizativas que ocasionaría para la empresa que podrían llevarle a modificar las medidas de conciliación concedidas a otros trabajadores.

Tal sucedió cuando, por ejemplo, se prevé la entrada en vigor de un nuevo pliego de condiciones que modificase la distribución del trabajo en la empresa. En este sentido, la STSJ Canarias (Las Palmas) de 18 de septiembre de 2021 estimó que "no resulta aceptable anticipar una imposibilidad organizativa futura como argumento para rechazar la concesión horaria instada por la demandante" que, en el momento de solicitase, "debió ser atendida dadas las dificultades para el cuidado de los hijos por parte de la demandante"[69]. Será llegado el momento, afirma la Sala, "y en el caso de que de forma efectiva se produzcan los cambios organizativos que resultan del nuevo pliego de condiciones, cuando la empresa podrá si a su derecho interesa modificar las condiciones de trabajo de la plantilla o amortizar los puestos de trabajo (…) que entienda oportunos".

[68] Por su carácter reciente, véase SJS Valladolid de 14 de febrero de 2020, cit., que desestimó la solicitud de adaptación de la trabajadora demandante "a la luz de las dificultades organizativas que conlleva en su concreto centro de trabajo y por ende en la conciliación de la vida familiar y laboral de" los otros trabajadores de ese mismo centro, "pues en principio no se dispondría de otro dependiente que pudiera desempeñar su labor en la sección de la actora, pescadería, por las tardes".

[69] En concreto, considera la Sala que "no cabe denegar la concreción en turno de mañana por el hecho de que dentro de unos meses no vaya a existir ese turno para la categoría de la actora, o porque se vayan a precisar entonces menos trabajadores con esas funciones".

2.4. El contenido complejo de la sentencia y la posible acumulación de indemnización de daños y perjuicios

El art. 139 LRJS permite que a la pretensión conciliatoria se le acumule la acción de daños y perjuicios causados al trabajador exclusivamente por la negativa del derecho o la demora en la efectividad de la medida. Esta indemnización puede acompañar a la pretensión principal para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral pero también, en lo que aquí interesa, a la pretensión de adaptación prevista en el art. 139.2 LRJS para los cuidadores.

En este punto, como es sabido, la pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios sufridos por el demandante se desvincula de la posible lesión de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 182 y 183 LRJS). En otras palabras, será posible que quien solicita una medida de adaptación para el cuidado de convivientes pueda obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos sin necesidad de plantear en el proceso, la posible lesión de derechos fundamentales. Por ello, el encargo que realiza la Directiva (UE) 2019/1158 en orden al establecimiento de un conjunto de sanciones "efectivas, proporcionadas y disuasorias" por la infracción de las disposiciones que ella misma contiene no resulta ninguna novedad para nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la indemnización correspondiente procedería ante una expresa negativa empresarial al disfrute de la medida de adaptación propuesta por la persona trabajadora. Sería igualmente aplicable en aquellos casos en los que la conducta del empleador diese lugar a una demora en la efectividad de la medida. Así sucedería ante el silencio empresarial que impidiera o retrasara en exceso el disfrute de la propuesta de la persona trabajadora.

Más complejidad presentan los casos en los que exista una respuesta empresarial en forma de contrapropuesta. Todo parece indicar que, desde el momento en el que el propio art. 34.8 ET subordina el acuerdo de la medida de adaptación a una previa negociación entre las dos partes afectadas, el tiempo durante el que se prolongue dicho proceso negociador no podría asimilarse con tal "demora", salvo que este fuese utilizado para prolongar artificial e indebidamente la aplicación de la medida propuesta.

El art. 139.1.a) LRJS ordena que ambas partes -trabajadora y empleadora- lleven "sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio juicio". Bien es cierto que esta medida no generará una importante demora en la solución del litigio, pues, recuérdese, esta modalidad procesal está excluida del requisito de conciliación o mediación previa a la presentación de la demanda (art. 64 LRJS) y el acto de conciliación previsto en este caso es el que tiene lugar ante el letrado de la Administración de Justicia con carácter inmediato al inicio del juicio oral (art. 84 LRJS). Por consiguiente, se trata más bien de garantizar que, de ser la voluntad de ambas partes, el conflicto pueda resolverse por acuerdo entre ellas antes de que se inicie la vista oral o, incluso, una vez iniciada esta, durante su tramitación. Y no menos importante resulta que, ante la falta de acuerdo, el órgano judicial pueda dictar su sentencia de acuerdo con algunas de ellas, ya que los conflictos de intereses están excluidos de solución judicial. Así las cosas, quedaría afectada por incongruencia *extra petita* la sentencia que recogiese alguna propuesta distinta a la formulada por las partes en sus pretensiones, como sucedería, incluso, con una indemnización superior a la solicitada por la parte[70].

Esta cuestión guarda relación directa con el expreso mandato que recoge el artículo 9, apartado 2, de la Directiva respecto de los empleadores. De acuerdo con él, los empleadores no solo habrán de "estudiar y atender" las propuestas realizadas por las personas trabajadoras solicitantes de

[70] Así la STSJ Galicia de 25 de mayo de 2021, cit., reconoció que la indemnización solicitada por la actora era inferior a la que le correspondería de acuerdo con la aplicación de la LISOS. No obstante, "como la recurrente ha fijado el valor de su resarcimiento en 6.000€, a dicha cantidad debemos ceñirnos, aunque sea inferior a dichos parámetros abstractos (por un principio rogatorio)".

las fórmulas de trabajo flexible, sino que, en lo que aquí interesa, habrán de hacerlo "en un plazo razonable de tiempo".

Este carácter "razonable" del plazo del que disponga el empleador para tomar su decisión se condiciona, a dos requisitos temporales. El primero, de tipo sustantivo y fijado por el art. 34.8 ET, concede a las partes un período de negociación máximo de 30 días del que dispone el empleador para emitir su conformidad o disconformidad con la propuesta. El segundo, de carácter procesal y regulado por el art. 139.1 LRJS, ofrece al demandante un plazo de veinte días para presentar su demanda ante el Juzgado de lo Social correspondiente. Dicho plazo comenzará a contar a partir del día en el que el empresario le comunique su negativa o disconformidad con la propuesta realizada. Repárese en que las partes no tendrán por qué agotar ambos plazos. Pero, en el supuesto de que alguna de ellas decidiese emplear los tiempos máximos permitidos por la norma, resulta más que discutible que estos períodos -50 días, si se suman ambos- se acomoden al carácter "razonable" del plazo exigido por la Directiva.

Además, puede ser que no se trate de dos plazos inmediatamente consecutivos. Así, desde que la persona trabajadora formula a la empresa su propuesta de adaptación, esta dispondrá de treinta días para un supuesto "proceso de negociación" con la persona trabajadora. Sin embargo, transcurridos esos treinta días, la empresa podría seguir alargando tal negociación, evitando que comenzase el plazo procesal de veinte días para presentar la demanda. Así, el art. 34.8 ET permite concluir el primer proceso negociador con la comunicación por escrito a la persona solicitante planteando "una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora". Parece lógico pensar que a tal propuesta alternativa le pueda suceder otra negociación, para la cual la norma ya no fija un plazo máximo. Si el resultado de esta segunda negociación fuese, de nuevo, desfavorable para los intereses de la persona trabajadora, se abriría el plazo de veinte días para presentar la demanda ante la jurisdicción social. Dicho de otro modo, tampoco se prevén consecuencias expresas para el caso de que esta segunda negociación concluya con el silencio empresarial, ni se fija un plazo máximo que, una vez transcurrido, permita entender a la persona trabajadora que su oferta ha sido rechazada y pueda ya presentar la demanda ante la jurisdicción social.

A estos efectos, parecería mucho más acorde a las exigencias de la Directiva (UE) 2019/1158 una disposición normativa que subordinase la respuesta empresarial a un período temporal máximo, sin necesidad de negociación previa. En estas circunstancias, el actual período de treinta días para emitir una respuesta parece ser, también, excesivamente amplio para encajar adecuadamente en el plazo "razonable" exigido por la Directiva. A su vez, sería deseable que, una vez transcurrido el período indicado, sin que el empleador hubiese emitido una respuesta expresa, esta se presumiese negativa o positiva respecto de la propuesta de la persona trabajadora. En este último caso, para el supuesto de que la propuesta de adaptación la formulase una persona trabajadora con obligaciones de cuidado de dependientes, dicha presunción podría subordinarse al cumplimiento de determinados requisitos, tales como la condición de familiar en el grado requerido por la norma, la condición de conviviente efectivo y la dependencia o necesidad de asistencia por parte de la persona trabajadora que solicita la adaptación. Para ello, la persona solicitante podrá aportar con su demanda los informes médicos o administrativos oportunos, que se añadirían a los ya previstos por el art. 139.1 LRJS: el informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad para la empresa para su consideración en la sentencia. En ningún caso ha de olvidarse que estas medidas tratan de asegurar la corresponsabilidad en la asunción de las obligaciones informales de cuidado. Por tal motivo, el carácter personal de este derecho debería merecer una atención especial. Se trataría, pues, de que la persona solicitante acreditase la existencia de un conviviente necesitado de su asistencia y la adecuación de la medida de adaptación solicitada a las necesidades de cuidado que aquel precisa, así como que dichas medidas son razonables y proporcionadas.

El art.139 LRJS permite acumular en la demanda una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la conducta empresarial. Esta cuantía indemnizatoria está sujeta a dos límites claros. El primero de ellos restringe los daños y perjuicios que podrán reclamarse, exclusivamente a los ocasionados al trabajador demandante por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida. Esta limitación no parece encajar perfectamente con las sanciones "efectivas, proporcionadas y disuasorias" previstas por el art. 13 de la Directiva (UE) 2019/1158. Si bien es cierto que el actor podrá valorar en la cuantía indemnizatoria solicitada las dos primeras características, no es claro que toda cuantía que se ajuste a los daños y perjuicios efectivamente producidos al solicitante vaya a ser "disuasoria" para el empleador. A su vez, esta limitación resulta determinante a los efectos de la recurribilidad de la sentencia en el supuesto de que la impugnación no se hubiera relacionado con la lesión de derechos fundamentales.

El segundo límite al que se sujeta la indemnización por los daños y perjuicios es el de su propia exoneración por el "cumplimiento, al menos provisional, de la medida propuesta por el trabajador". El tercero limita la cuantía indemnizatoria exclusivamente a los daños y perjuicios causados por la conducta empresarial.

El segundo apartado del art. 139 LRJS, directamente relacionado con las medidas de adaptación, se refiere a los daños y perjuicios "directamente causados" a la persona trabajadora "por la negativa o demora del derecho". En la redacción de este segundo párrafo se contienen dos importantes omisiones. La primera omite que la efectividad de la medida solicitada pueda tener alguna repercusión en la cuantía indemnizatoria. La segunda no contempla la exoneración de la indemnización por el cumplimiento, aun provisional, de la medida solicitada.

En el caso de que la pretensión de adaptación horaria no se vincule a la vulneración de derechos fundamentales, los daños y perjuicios indemnizables podrían ser tanto materiales como morales. No parece difícil entender el daño emergente o el lucro cesante derivado de la negativa empresarial o de su falta de respuesta a la pretensión de adaptación de la persona trabajadora, entre los que podría encontrarse los gastos ocasionados por la obligada contratación de terceras personas que pudieran ocuparse de las tareas de cuidado. Tampoco parece complejo el lucro cesante por parte de quien, una vez finalizada la necesidad de cuidado que justificaba la adaptación de sus condiciones de trabajo, quisiera retornar, sin una respuesta positiva por la empresa, a sus anteriores condiciones laborales.

Alguna sentencia ha asociado el daño moral derivado de la negativa de la empresa a acceder, de modo injustificado, a la solicitud de adaptación de la parte demandante, alguna sentencia lo ha asociado a la "previsible intranquilidad de quien ve modificado su turno de trabajo teniendo a su cargo, en su vida familiar, a una madre y un padre que precisan cuidados y asistencia"[71]. Esta misma resolución incluye, además, un claro ejemplo de los factores que pueden ayudar a la modulación de la cuantía indemnizatoria: "la empleadora intentó, aunque de modo insuficiente, atender a la petición de la parte, realizando una propuesta alternativa, e indagando en la plantilla la posibilidad de una reorganización voluntaria del personal". Ambos elementos permitieron imponer la sanción correspondiente a una falta grave (art. 7.5 LISOS) en su grado medio [art. 40.1 b) LISOS][72].

En esta cuestión, resulta fundamental la reciente STS de 23 de febrero de 2022[73] que reafirmó, unificando doctrina, la procedencia de la indemnización por daños morales anudada a la

[71] STSJ Galicia de 18 de febrero de 2022, cit.

[72] Según la norma en vigor al tiempo de la denegación por la empleadora (septiembre de 2021) la horquilla se situaba entre los 626 y los 6.250€, que se han actualizado a las cuantías de 751 y 7.500€.

[73] Rcud. 4322/2019. En el apartado 3 de su FJ Tercero afirma que: "la sentencia recurrida debió de haber estimado la pretensión de reconocer en favor del trabajador una indemnización por daños morales, al ser suficiente a tal efecto las alegaciones que sobre este particular se exponen en el escrito de demanda, no siendo necesariamente exigible *(...)*

vulneración de un derecho fundamental, aun cuando el demandante no hubiera precisado en su demanda las bases de cálculo de dicha indemnización. Sin embargo, nada se indica, ni en esta ni en otras resoluciones, sobre el carácter "disuasorio" de la indemnización impuesta. A tal efecto, quizás hubiera sido conveniente alguna mención relativa al carácter pertinaz, o no, de la conducta impugnada o si esta ha afectado a más trabajadores, entre otros factores capaces de modular la cuantía indemnizatoria como vía para evitar que la conducta impugnada pueda reiterarse en el futuro.

3. BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER PASTOR, Mª. A.: "De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español", *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 11, 2019.

CABEZA PEREIRO, J.: "La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional", *Revista de Derecho Social*, nº. 92.

- "La Directiva (UE) 2019/1158 y su transposición al derecho interno", en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. y MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. Mª.: *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Barcelona, Bosh, 2021.

CASAS BAAMONDE, Mª. E.: "¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?", *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 1, 2017.

- "Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislación y juez", *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 10, 2010.
- "La organización del tiempo de trabajo con perspectiva de género: la conciliación de la vida privada y la vida laboral", *Documentación Laboral*, n.º 117, 2019.

DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.: "Conciliación, régimen de turnos y adaptación de la jornada de trabajo", *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 9.

FERNÁNDEZ PRIETO, M.: "Conciliación de responsabilidad de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158", *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 12, 2020.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: "Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario", *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 9, 2019.

LOUSADA AROCHENA, J. F.: "La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales", *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 8, 2019.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021.

MARTÍNEZ MORENO, C.: "La nueva regulación de la adaptación de jornada con fines de conciliación. ¿Hasta dónde llega el avance?", *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 12, 2020.

OCDE, "¿Busca ayuda? Proporcionar y pagar cuidados de larga duración", 2011 (https://www.oecd.org/els/health-systems/47902750.pdf).

- "Caregiving in crisis: Gender inequality in paid and unpaid work during COVID-19", 2021 (https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/caregiving-in-crisis-gender-inequality-in-paid-and-unpaid-work-during-covid-19-3555d164/).

PÉREZ DEL PRADO, D.: "Teletrabajo y negociación colectiva: retribución y asunción de costes por la empresa", en CCNCC, *Teletrabajo y negociación colectiva. XIII Jornada de Estudio sobre negociación colectiva*, Madrid, 2022.

QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: "Negociación colectiva en el teletrabajo: conciliación y flexibilidad en el tiempo de trabajo", en CCNCC, *Teletrabajo y negociación colectiva. XIII Jornada de Estudio sobre negociación colectiva*, Madrid, 2022.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por COVID-19", *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 4, 2020.

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: "La tutela judicial de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: una reconsideración a la luz de su dimensión constitucional", en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. y MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. Mª. (Dirs.): *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Barcelona, Bosh, 2021.

una mayor concreción en la exposición de parámetros objetivos de muy difícil cumplimiento en atención a la propia naturaleza de los daños morales reclamados".

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "El artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción Social: Luces y sombras del proceso de movilidad geográfica", *IUSLabor, Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, [en línea], n.º 1, 2022 https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2022.i03.08.

nº 3 (2º Trimestre 2022)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

La reforma laboral 2021: primeros datos[1]
Labour reform 2021: Early indications

DANIEL PÉREZ DEL PRADO *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Carlos III de Madrid
https://orcid.org/0000-0001-7106-6769

Cita sugerida: PÉREZ DEL PRADO, D. "La reforma laboral 2021: primeros datos". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 3 (2022):* 87-106.

Resumen

El presente estudio realiza una primera aproximación, de naturaleza cuantitativa, a las principales variables afectadas por la reforma laboral 2021 y, en particular, las que tienen que ver con la contratación. Aunque es pronto para poder realizar una evaluación de impacto exhaustiva, el cambio de tendencia observada en alguna de ellas puede darnos algunas pistas de cómo de efectiva serán los cambios legales introducidos en relación a los objetivos plateados, siendo corolario de todos ellos la luchas contra la temporalidad y los efectos nocivos que de ella se derivan.

Palabras clave

Reforma laboral; contratación temporal; análisis cuantitativo

Abstract

This study makes a first approach of a quantitative nature to the main variables affected by the 2021 labour reform and, in particular, those that have to do with hiring. Although it is too early to be able to carry out an exhaustive impact assessment, the change in trend observed in some of them may give us some clues as to how effective the legal changes introduced will be in relation to the objectives set out, the corollary of all of them being the fight against temporary employment and the harmful effects that derive from it.

Keywords

Labour reform; temporary recruitment; quantitative analysis

1. INTRODUCCIÓN: REFORMAR EN TIEMPOS REVUELTOS

Vivimos tiempos ciertamente truculentos. La sucesión de calamidades que venimos afrontando desde hace unos años parece no tener fin. El primer embate nos lo dio la mayor crisis económica desde el Crack del 29 y la Gran Depresión. No en vano recibió el nombre de la "Gran Recesión"[2], precisamente para destacar el paralelismo existente con la única crisis económica que se le aproxima. Los datos así lo ponen de manifiesto. Si sumamos el retroceso experimentado en el período 2008-2013, nuestro PIB se redujo un 8,2%. En 2009, el de la Unión cayó un 4,4%[3], tardando un lustro en encadenar más de tres ejercicios económicos en positivo. En términos de desempleo, aunque con enormes disparidades, basta con fijarse en los países del sur, de los más afectados, para darse cuenta de la magnitud de la tragedia social de aquel momento: en Grecia, la tasa de paro pasó del 8,4% al 24,5%; en España, se incrementó del 8,2% al 24,8%; en Chipre, creció desde el 3,9% al 13,3%; en Croacia, se comportó también como los anteriores, pasando del 9,9% al 16%; en Italia, el desempleo creció desde el 6,1% al 11,6% [4].

[1] Este trabajo forma parte del proyecto de investigación "Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales: Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital" (RTI2018-094547-B-C21).

[2] STIGLITZ, J. E.: La gran recesión», *Claves de Razón Práctica*, 2010. Media ajuste estacional.

[3] Fuente: Eurostat.

[4] Ninguno de estos datos constituye ni el máximo ni el mínimo absoluto, sino que simplemente reflejan los valores para los momentos temporales seleccionados homogéneos. En concreto comparan 2007 y 2012, punto álgido de la crisis económica.

Fecha Recepción: 28/03/2022 - Fecha Revisión: 30/05/2022 - Fecha Aceptación: 31/05/2022
Pags. 87-106

Después, cuando todavía no nos habíamos recuperado de los efectos de la crisis anterior y cuando nadie lo esperaba, llegó la pandemia de COVID-19 y la crisis sanitaria, económica y social a ella aparejada. En el año 2020, de acuerdo con el INE, el número de defunciones se incrementó en nuestro país en un 17,9%, reduciéndose la esperanza de vida al nacimiento en 1,24 años, hasta situarse en los 82,34 años[5]. Por su parte, la economía se contrajo un 11%, la mayor caída entre las cuatro mayores economías de la Unión Europea y. comparativamente, también más intensa que la Gran Recesión y la Gran Depresión[6]. Por lo que hace al desempleo, entre los meses de marzo y abril se incrementó de forma muy abrupta, superando el 15%[7], una subida sin precedentes, 1,5 veces más que la mayor de la Gran Recesión. Si la brecha no fue aún mayor fue gracias a la efectividad de las medidas sociolaborales[8]., entre otras, que se pudieron en marcha.

Pero esto no fue todo. Cuando parecía que podíamos dejar atrás la pandemia y recuperar poco a poco la normalidad, la invasión de Ucrania por parte de la Federación Rusa amenaza con provocar una nueva crisis económica. Por el momento, el efecto económico más importante ha sido el del alza de los precios, una variable que ya se encontraba algo tensionada. En el último año, la inflación en la UE ha pasado del 1,3 al 5,6% -del 0,9 al 5,1% si nos centramos en la zona euro-, o lo que es lo mismo, se han incrementado un 330%. En el caso de nuestro país, de la deflación (-0,1% registrábamos en enero de 2021) hemos pasado a una fuerte inflación (7,6% en febrero de este año). Aunque está por ver si la inflación, las restricciones al comercio internacional y, en general, la inestabilidad, terminarán por afectar al conjunto de la economía y al mercado de trabajo, de momento los nubarrones vuelven a cernirse sobre nosotros, de nuevo, cuando todavía no nos hemos recuperado de los golpes anteriores.

En este contexto tan turbulento, el RDL 3/2021, 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[9] (en adelante, RDL 3/2021 o reforma laboral 2021) ha aprovechado lo que a la luz de los acontecimientos anteriores y posteriores podría verse como especie de ventaja de lanzamiento para dar a luz a la reforma laboral 2021. Una reforma que se nos aparece, quizá no tanto como un rayo de esperanza en medio de la tormenta, pero sí al menos como una forma de trascender la coyuntura y

[5] Movimiento Natural de la Población (MNP). Indicadores Demográficos Básicos (IDB). Defunciones según la Causa de Muerte. Año 2020.

[6] En España, la Gran Depresión de dejó notar en mucha menor medida que en otros países. De hecho, el PIB no comenzó a caer hasta 1931 y lo hizo un 1,8%. En 1932 la economía española creció levemente para volver a retroceder al año siguiente un 4,5%. En 1934, la crisis se superó completamente, alcanzando unos niveles de PIB superiores a los de 1929. No sería hasta la Guerra Civil cuando España experimentó el mayor retroceso de su historia reciente, con una caída de más del 26%. PALAFOX GAMIR, J.: España y la crisis internacional de 1929: el papel de los desequilibrios internos», en *Pasado y presente: de la Gran Depresión del siglo XX hasta la Gran Recesión del siglo XXI*, Fundación BBVA, 2011, p. 96.

[7] Fuente: EPA, INE.

[8] A este respecto, véase ARAGÓN GÓMEZ, C. (Ed.): *Impacto del COVID-19 en materia laboral y de Seguridad Social*, Francis Lefebvre, 2020; BLASCO PELLICER, A.A. ALEGRE NUENO, M., LÓPEZ BALAGUER, M., RAMOS MORAGUES, F. y TALENS VISCONTI, E.: *Análisis normativo de las medidas laborales y de Seguridad Social frente a la crisis del COVID-19*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020; CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: "Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria de Covid-19", *Derecho de las relaciones laborales*, vol. 4, 2020; MONEREO PÉREZ, J. L.: "La pandemia Covid-19 como «hecho social total» y su impacto en el derecho social", en BARRIOS BAUDOR, G. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Eds.): *Derecho vivo de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2020; MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre: A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID 19 y las medidas legales adoptadas", *Revista de derecho de la seguridad social, Laborum*, n.º 23, 2020. Véase también el resto de este número monográfico. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, 2020.

[9] BOE 30/12/2021, n.º 313.

mirar al futuro, afrontando de forma decidida viejos problemas de nuestro mercado de trabajo y, además, con el consenso de los agentes sociales y, se ha dicho, de forma sensata[10].

Aunque es muy pronto para evaluarla, el presente trabajo pretende realizar un primer análisis de los primeros datos a partir de su entrada en vigor, en un intento de vislumbrar algunas líneas de tendencia que nos permitan adelantar algunos posibles resultados futuros. En concreto, estudiaremos las variables relacionadas con el principal objetivo de la reforma, la lucha contra la temporalidad. Es cierto que la mayor parte de las medidas en materia de contratación no entrarán en vigor hasta el 30 de marzo[11], pero existen razones para pensar que las empresas ya estarían adelantando su adaptación al cambio normativo. Este será otro de los elementos que se someterá a contraste.

Con este objeto, el próximo apartado se dedicará a analizar la evolución de los datos relativos al conjunto de la economía y del empleo. A continuación se aborda el comportamiento de la contratación, dejando para el apartado siguiente los datos que tienen que ver con el contrato fijo discontinuo, uno de los indudables protagonistas de la reforma. Para finalizar, daremos cuenta de las conclusiones alcanzadas a modo de futuribles a ser corroborados o refutados más adelante por futuras investigaciones.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA ECONOMÍA Y DEL EMPLEO

Desde la salida de la Gran Recesión, el comportamiento del empleo y su alter ego, el desempleo, ha sido muy positiva, incluso más de lo que cabría pensar teniendo en cuenta la inestabilidad derivada de la crisis de la pandemia y del actual contexto internacional. Es cierto que venimos de un período muy aciago tanto para lo uno como para lo otro, de lo que cabría esperar un cierto efecto rebote. Sin embargo, mientras el crecimiento de económico, siendo bueno, no se ha comportado como en un principio las previsiones habían pronosticado, en el caso del empleo y del desempleo no se ha observado una cierta ralentización hasta fechas muy recientes. Al contrario, ambos han venido evolucionando de forma muy positiva.

En efecto, los primeros estudios de las organizaciones internacionales de referencia habían pronosticado crecimientos mucho más robustos que los finalmente experimentados hasta ahora, de tal forma que a cada revisión, los datos fueron a la baja. Incluso en los pronósticos más recientes, cuando todavía ni se vislumbraba la invasión de Ucrania, se observa esta tendencia. Así, en sus previsiones de otoño, la Comisión europea pronosticó que la economía española crecería un 4,6 % en 2021, lo que supone un recorte de 1,6 puntos porcentuales en comparación con la estimación que hizo en julio[12]. En un sentido similar, la OCDE rebajó las previsiones de crecimiento para España para el mismo año del 6,8% al 4,5%, y en 2022, del 6,6% al 5,5%[13].

En el ámbito nacional, el INE revisó a la baja la estimación previa de crecimiento intertrimestral del PIB en el segundo trimestre de 2021, que pasó de un 2,8% a un 1,1%, lo que rebajó la cifra para el conjunto del ejercicio al 5%[14]. Por su parte, las previsiones del Banco de España apuntan a un «retraso con respecto al momento en que se produciría ese hito [la superación de la crisis pandémica] para el conjunto del área del euro, que se estima en algo menos de un año [2021], refleja[ndo] el impacto comparativamente más severo de la pandemia en nuestro país en sus

[10] MERCADER UGUINA, J. R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "La Reforma Laboral de 2021: elogio de la sensatez", *El Foro de Labos*, 2021, fecha de consulta 19 enero 2022, en https://www.elforodelabos.es/la-reforma-laboral-de-2021-elogio-de-la-sensatez/.

[11] DF 8ª RDL 32/2021.

[12] EUROPEAN COMMISSION: *Autumn 2021 Economic Forecast for Spain*, Bruselas, 2021. Aunque luego las previsiones volvieron a mejorar en las de invierno, que se ha publicado en febrero: https://ec.europa.eu/economy_finance/forecasts/2022/winter/ecfin_forecast_winter_2022_es_en.pdf

[13] OECD: "Spain Economic Snapshot", 2021, fecha de consulta 2 febrero 2022, en https://www.oecd.org/economy/spain-economic-snapshot/.

[14] INE, CNTE, septiembre de 2021. En la última actualización, publicada en febrero, se eleva una décima hasta el 5,1%. Véase, CNTE de cuatro trimestre de 2021.

estadios iniciales y, sobre todo, el mayor peso de los servicios con un elevado grado de interacción social, vinculados, en particular, a la actividad turística»[15].

Estos cambios en la previsión se deberían en buena medida a la corta pero muy intensa crisis económica propiciada por la pandemia de COVID-19, a cuyos envites España estaría más sobrexpuesta que otras economías debido al especial peso que el sector servicios tiene en nuestra estructura económica, así como a la también mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en comparación con otras economía[16]; pero, sobre todo, a lo inestable de su evolución, lo que añade gran incertidumbre al comportamiento de los distintos agentes económicos.

A pesar de ello, como decíamos, el comportamiento del empleo y del desempleo ha sido extremadamente positivo. Comenzando por el primero, en el siguiente gráfico se muestran los datos de afiliación, que es un buen indicador de la evolución del empleo[17]. Como puede comprobarse, desde mediados de 2013 hemos iniciado una senda constante de crecimiento solo alterado por la crisis económica vinculada a la pandemia. Esto nos ha permito pasar de los 16.344.225 afiliados en alta con que comenzábamos 2013 a los 19.934.481 de febrero de 2022.

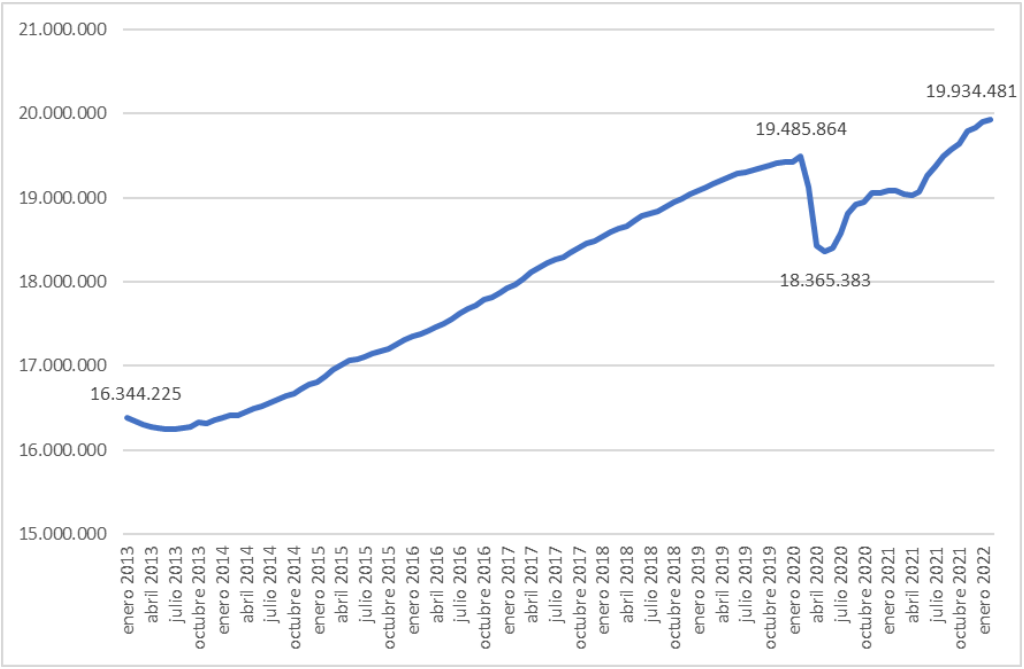
Debe tenerse en cuenta que, como se muestra claramente, no solamente hemos conseguido dejar atrás en un plazo relativamente corto de tiempo los efectos de la pandemia, sino que hoy nos movemos en niveles de empleo superiores a los que teníamos durante la Gran Recesión. En concreto, en febrero de 2008, alcanzamos el pico, con 19.442.308 afiliados en alta, cifra que conseguimos sobrepasar precisamente doce años después, en febrero de 2020. La alegría, sin embargo, duró poco, pues al mes siguiente el golpe de la pandemia hizo caer la afiliación en más de un millón de efectivos, retroceso del que no conseguiríamos recuperarnos hasta agosto de 2021, momento en que alcanzamos la cifra de 19.495.252. A partir de ese instante, la tendencia se ha mantenido creciente, a falta de observar el impacto de las consecuencias económicas de la invasión de Ucrania.

[15] BANCO DE ESPAÑA: *Informe Trimestral de la Economía Española*, Banco de España, Madrid, 2021, fecha de consulta 3 noviembre 2021, en https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/21/T3/Fich/be2103-it.pdf.

[16] BANCO DE ESPAÑA: *Informe Anual 2020*, Banco de España, Madrid, 2021, pp. 245-246, fecha de consulta 2 marzo 2022, en https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/informes-y-memorias-anuales/informe-anual/.

[17] También lo es la ocupación, que nos ofrece la EPA, pero que tiene la desventaja de no ser mensual y no haber sido publicada en la fecha de cierre de este trabajo. Teniendo además en cuanta que todos los datos empleados aquí son de tipo administrativo, hemos considerado también más adecuado emplear la afiliación, ofreciendo un análisis más homogéneo

Gráfico 1. Evolución de la media mensual de la afiliación



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de MISSMI. Datos desestacionalizados.

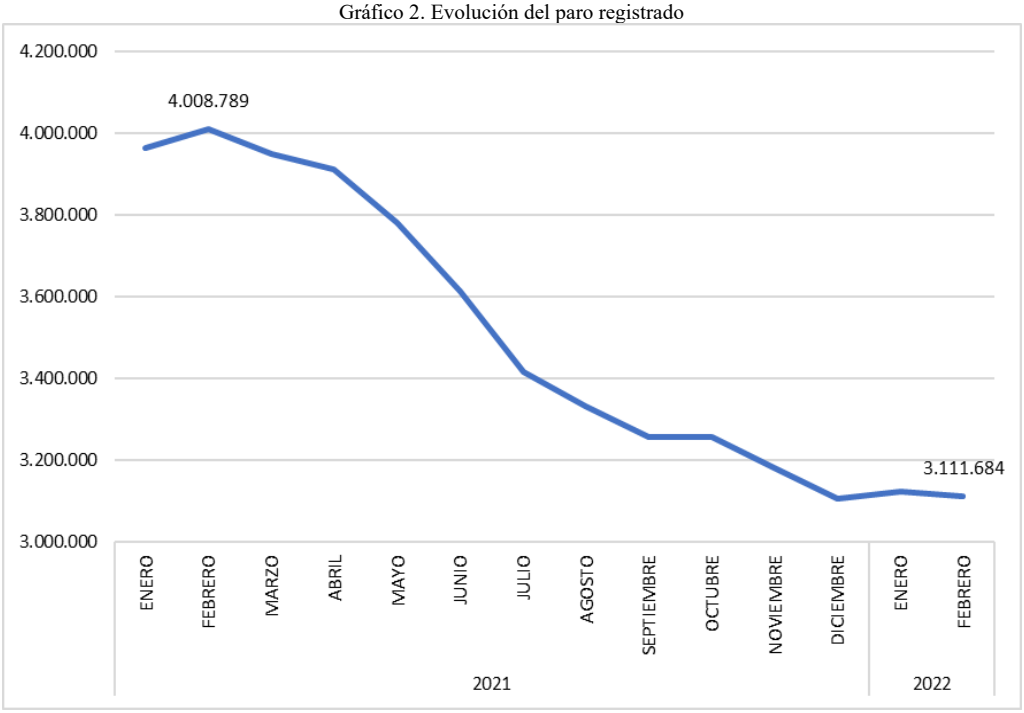
El positivo comportamiento del empleo ha tenido su directa traslación en el desempleo. El siguiente gráfico muestra la evolución del paro registrado en los últimos doce meses. Como puede comprobarse, la tendencia ha sido decreciente y constante, reduciéndose desde los poco más de 4 millones de parados hasta aproximarse los 3 millones, cifra que en febrero se sobrepasa en 111.684 personas.

Dicho esto, también es preciso señalar que podemos distinguir hasta cuatro períodos en lo que a tendencias se refiere. Así, en un primer momento, coincidente con el primer trimestre de 2021, se observa una cierta estabilidad, que conecta con el cambio de ciclo detectado en aquel tiempo. A partir de ahí y hasta finales de verano la reducción se acelera, lo que se refleja en la mayor pendiente de la línea. Con el cuarto trimestre de 2021, la mejora del desempleo se suaviza, circunstancia que se acentúa entre diciembre y febrero de 2022, momento en que se aplana la línea, lo que evidencia una ralentización en la reducción del paro. En concreto, en enero, el paro se incrementó ligeramente, en 17.173 personas, si bien en febrero de redujo en 11.394. Sea como fuere, nada que ver con las reducciones por encima de los 100.000 efectivos del tercer trimestre de 2021[18].

De hecho, si volvemos al gráfico anterior, el relativo a la afiliación, esta ralentización también se observa en términos de empleo, aunque la escala del gráfico no nos permita verlo con la misma claridad. En diciembre de 2021 teníamos 19.839.102 afiliados en alta. Al mes siguiente, esta cifra creció en apenas 60.000 personas, hasta alcanzar los 19.896.755. En febrero, último dato registrado, el incremento no alcanza las 40.000 personas, pues se situó en los ya mencionados 19.934.481.

[18] De mayo a septiembre las reducciones fueron, respectivamente, -129.378, -166.911, -197.841, -82.583, -76.113.

Gráfico 2. Evolución del paro registrado



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de MTES.

En suma, la evolución en términos de empleo y desempleo es muy positiva, si bien se vislumbra una cierta tendencia a la desaceleración. Tanto utilizando una variable como otra ya habríamos dejado atrás la crisis de la pandemia. En términos de empleo, incluso, también la Gran Recesión, si bien por lo que respecta al desempleo aún estamos lejos de nuestro mejor dato, el de junio de 2007, momento en que se registró la cifra más baja con 1.965.869 parados. Aun así, debe tenerse en cuenta que las cifras de empleo que teníamos en aquel momento eran mucho más bajas, lo que significa que, aunque hoy tengamos una cifra de parados mayor, también es cierto que tenemos más personas que nunca trabajando y participando del mercado de trabajo. Al margen de esto, la muy positiva evolución del empleo y del desempleo parece ralentizarse en el período más reciente, cuando todavía aún no se han dejado notar los efectos de la guerra. Esta conclusión es coincidente con la de algunos otros estudios recientes[19].

Sea como fuere, de lo dicho hasta aquí se desprende la especial interconexión existente entre el comportamiento general de la economía y del mercado de trabajo. A nadie se le escapa que, aunque esperábamos crecer más, cifras del crecimiento del PIB por encima del 4% al año son de la suficiente envergadura como para propulsar el mercado de trabajo en el modo en que las cifras de afiliación y paro reflejan. Si a ello le unimos el efecto beneficioso de las medidas adoptadas durante la pandemia (en particular la protección laboral y social propiciada a través de los ERTEs), podemos entender el momento dulce, a pesar de las turbulencias, que atraviesa nuestro mercado de trabajo.

Esto nos lleva necesariamente a la especial relación existente entre empleo, condiciones de trabajo y economía, debate clásico pero no por ello cerca de alcanzar conclusiones estables. A este respecto, cabe destacar la existencia de dos posturas encontradas.

[19] FUNCAS: "Afiliación a la Seguridad Social y paro registrado febrero 2022", *Funcas*, 2022, fecha de consulta 2 marzo 2022, en https://www.funcas.es/textointegro/afiliacion-a-la-seguridad-social-y-paro-registrado-febrero-2022/.

Por una parte, las más heterodoxas ponen el acento, no sólo, aunque sí de forma preferente, en los problemas estructurales de la economía, como el comportamiento de la demanda agregada, del gasto y la inversión públicos o privados o relacionados con la estructura productiva[20]. Desde esta perspectiva las reformas la regulación del mercado de trabajo son «un complemento útil -pero nunca sustitutivo- de las políticas macroeconómicas que aseguran una demanda efectiva adecuada», pues «quienes esperen que las políticas estructurales del mercado de trabajo hagan mella apreciable en el paro actual caminan en el vacío»[21].

Por otra parte, la tesis ortodoxa o clásica basa los desequilibrios del mercado de trabajo y, por tanto, su solución, en su funcionamiento y, en particular, en sus rigideces o, si se prefiere, en sus ineficiencias[22]. Así, las reformas estructurales y, en concreto, del mercado laboral, ocupan un lugar central en sus teorías explicativas y en sus propuestas de mejora. De lo que se trata es de eliminar los obstáculos que impiden o dificultan su correcto funcionamiento.

A la luz de estas dos aproximaciones, el papel e importancia de las reformas laborales es ciertamente muy diferente. Mientras que para los primeros tienen una menor incidencia en la creación de empleo y más en las condiciones de trabajo, para la segunda ocurre ciertamente lo contrario, son la clave para la creación de puestos de trabajo, objetivo que frecuentemente se supedita a cualquier otro, incluidos los que tienen que ver con las condiciones de trabajo o, si se prefiere, con la calidad de los puestos que se ofertan. Buscando el equilibrio entre ambas o asumiendo la primera tesis, la reforma 2021 tendría como objetivo mejorar las condiciones de trabajo del conjunto de personas trabajadoras, obviando una hipotética incidencia sobre la creación de empleo.

3. LA EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN TRAS LA REFORMA

Esto se pone de manifiesto en su exposición de motivos cuando señala que estamos ante una reforma laboral «que camina en dirección contraria a la que ha sido habitual en los últimos tiempos. La recuperación de los derechos laborales y su garantía, junto con el impulso a las medidas de flexibilidad interna como alternativa a las extinciones son sus principales aportaciones que buscan transformar nuestro mercado de trabajo para que pueda dejar definitivamente atrás sus anomalías, asegurando la calidad del empleo y el dinamismo de nuestro tejido productivo».

Entre estas anomalías se destacan el exceso de temporalidad y desempleo. «La combinación de ambos ha dado lugar a que el trabajo en nuestro país esté especialmente afectado por la precariedad, como inquietante realidad que da lugar a malas condiciones de empleo, priva a nuestro sistema productivo de desplegar toda su capacidad y dificulta una ciudadanía plena en el trabajo». De ahí que la reforma pretenda «corregir de forma decidida esta temporalidad excesiva, evitando esa rutina tan perniciosa que provoca que en cada crisis se destruya sistemáticamente el empleo».

Pero lo cierto es que la temporalidad es capaz de producir efectos más allá del empleo y del desempleo. En efecto, la evidencia empírica demuestra que la contratación temporal lleva aparejada una remuneración más baja, una menor inversión en capital humano específico para trabajadores con una antigüedad superior a los tres años y una mayor probabilidad de sufrir un accidente de trabajo, si bien esto no tiene que ver tanto con el tipo de contratación como con las actividades en que se concentra la temporalidad. Asimismo, la excesiva temporalidad de nuestro mercado de

[20] FINA SAGLÀS, L. y TOHARIA CORTÉS, L.: *Causas del paro en España: un punto de vista estructural*, Fundacion IESA, Madrid, 1987. Los autores, sin menospreciar los argumentos relativos a la rigidez del mercado de trabajo, aunque relativizándolos, ponen el acento, centrándose en la economía española, en lo que denominan «problema de tipo estructural» y que tiene que ver con «un insuficiencia crónica de capacidad productiva que permita afrontar los retos que plantea la competencia de nuestro entorno». (p. 11).

[21] TOBIN, J.: "El paro en los años ochenta: Diagnóstico y prescripción a nivel macroeconómico", *Papeles de economía española*, nº. 26, 1986, pp. 353-368. Consúltese también este trabajo para un análisis de la relación entre política macroeconómica y empleo en el marco de las crisis del petróleo de finales de los 70 con vista a la actual.

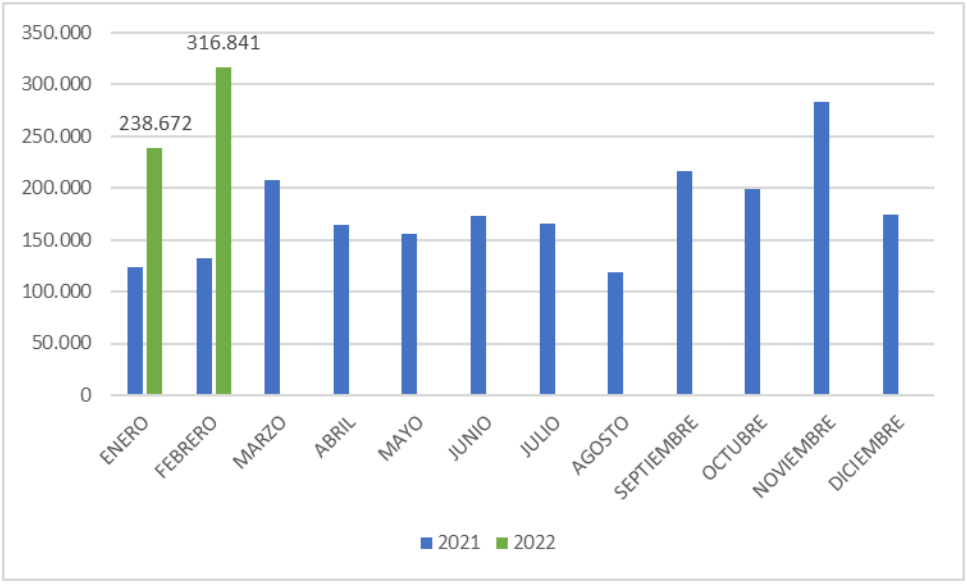
[22] LAYARD, P. R. G., NICKELL, S. J. y JACKMAN, R., *La crisis del paro*, Alianza, Madrid, 1996.

trabajo estaría incidiendo en decisiones vitales de los trabajadores como la de la convivencia en común o el momento de entrada en la maternidad. No puede ser de otra forma cuando, dada la incidencia en los salarios anteriormente mencionada, estaría suponiendo un mayor riesgo de sufrir pobreza[23].

Pues bien, ¿estaría consiguiendo la reforma, aún en estos primeros impasses, producir algún efecto positivo en lo que hace a la lucha contra la temporalidad?

Para responder a esta pregunta podemos comenzar por analizar la evolución de la contratación fija. A este respecto, los primeros datos parecen reflejar un incremento de los contratos indefinidos. Tal y como muestra el siguiente gráfico, en los dos primeros meses del año se firmaron 238.672 y 316.841 contratos respectivamente, alrededor del doble que los mismos meses del año anterior. En concreto, en enero las contrataciones indefinidas se habían incrementado un 91% respecto del mismo mes del año 2021, mientras que en febrero lo habría hecho un 139%.

Gráfico 3. Evolución contratos indefinidos

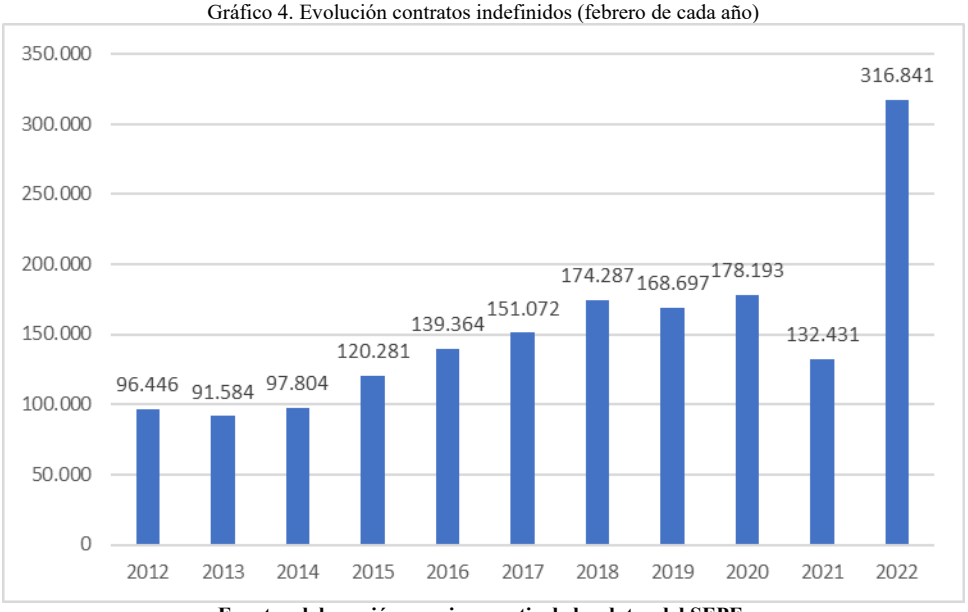


Fuente: elaboración propia a partir de los datos del SEPE.

Si extendemos el ámbito temporal de análisis, lo cierto es que la tendencia positiva de la contratación fija no cambia. Tal y como evidencia el siguiente gráfico, el mes de febrero de 2022 ha sido, con diferencia, el mejor mes de febrero de la última década, superando en más de 138.000 contratos al siguiente mejor mes de la serie, febrero de 2020, justo antes del inicio de la pandemia. Aunque la tendencia venía siendo creciente desde la salida de la Gran Recesión, el salto es sin lugar a dudas evidente. La media del período 2015 - 2021 se ha situado en torno a los 132.000 contratos, lo que implica que febrero de 2020 se habría situado 140% por encima de la media de este período.

[23] PÉREZ DEL PRADO, D.: "Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo", en Gómez Abelleira, F. J. (Ed.) *La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 61-96.

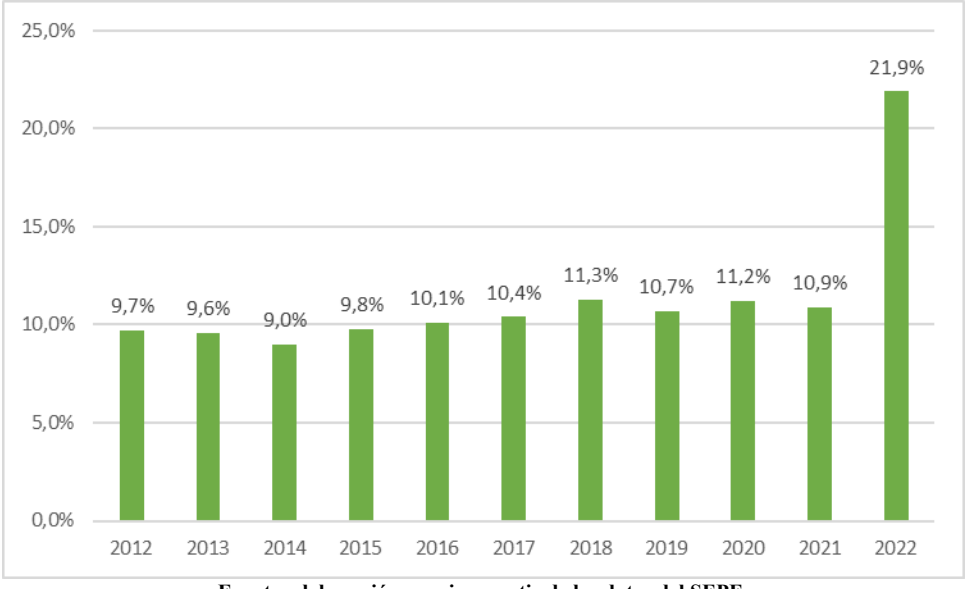
Gráfico 4. Evolución contratos indefinidos (febrero de cada año)



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del SEPE.

Este incremento notable de la contratación indefinida se ha producido a costa de la contratación temporal, lo que se ha traducido en un avance del porcentaje que esta modalidad contractual representa en el conjunto de los contratos. Tal y como puede verse en el siguiente gráfico, la contratación indefinida se ha venido situando entre el 9% y el 11%. Si eludimos la última parte de la crisis económica y nos centramos en la recuperación, nos moveríamos entre el 10% y el 11%. Sin embargo, en lo que llevamos de 2022 el porcentaje de contratos fijos se habría doblado hasta alcanzar el 21,9%.

Gráfico 5. % de contratos indefinidos respecto del total de contratos



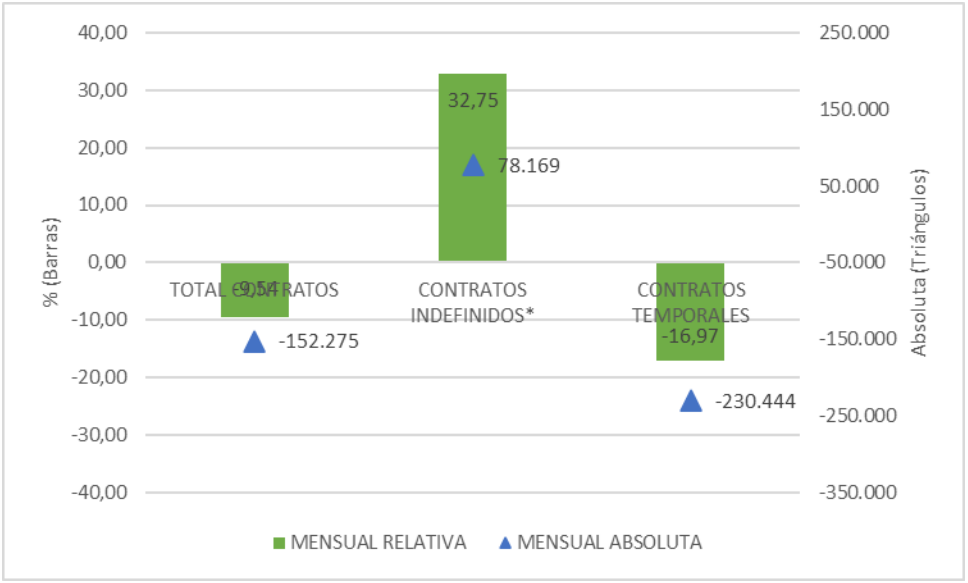
Fuente: elaboración propia a partir de los datos del SEPE.

Este avance de la contratación indefinida se observa también si nos centramos especialmente en los meses en los que se ha observado ese cambio de tendencia. Tomando como referencia el último de ellos, febrero de 2022, y comparándolo con el mes inmediatamente anterior y el mismo mes del año anterior, podemos observar la evolución que se muestra en los siguientes dos gráficos.

Comenzando por el primero, en el mes de febrero la única modalidad que arrojó un resultado positivo fue la contratación indefinida. Tal y como puede verse en el Gráfico 6, el saldo total de contratos firmados se situó en 152.275, lo que se debió fundamentalmente a la reducción del número de contratos temporales, ya que se firmaron 230.444 menos, lo que no se pudo compensar con 78.169 contratos indefinidos en comparación con el mes anterior.

En términos porcentuales, mientras que se firmaron un 32,7% de contratos indefinidos más respecto del nivel registrado el mes anterior, el conjunto de la contratación se redujo un 9,4% y la temporal en particular un 16,9%. Por consiguiente, en el mes de febrero se concertaron, en términos generales, menos contratos que en el mes anterior, siendo la única excepción la contratación indefinida, única en experimentar avances. Esto sería una muestra de la mencionada ralentización del empleo a que se ha hecho referencia anteriormente[24].

Gráfico 6. Variación mensual de los contratos

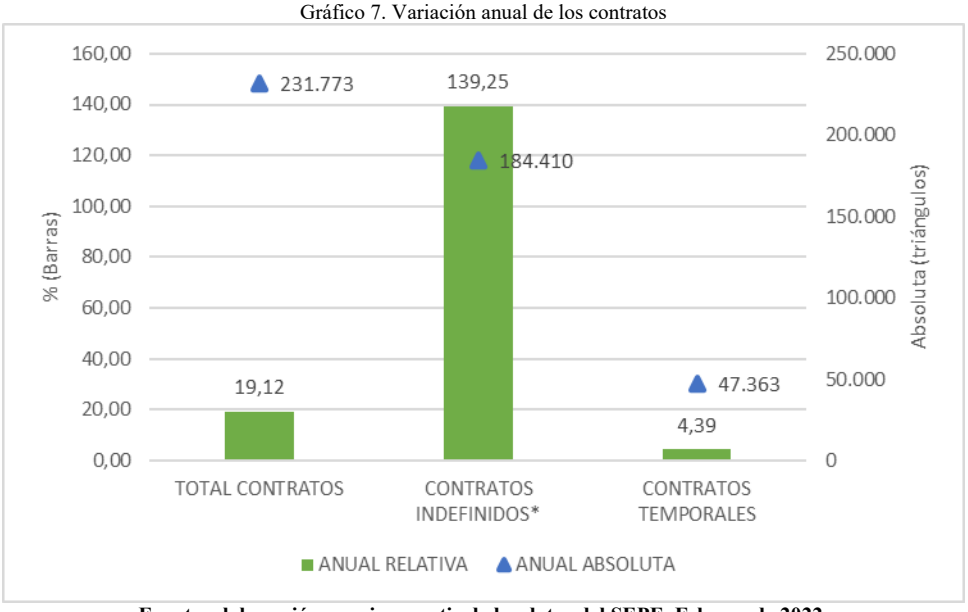


Fuente: elaboración propia a partir de los datos del SEPE. Febrero 2022.

Si la comparación la hacemos en términos interanuales, esto es, entre el mes de febrero de 2022 y el mismo de 2021, observamos que, en general, el número de contratos avanzó en 231.773, o lo que es lo mismo, 19,1%. De estos, 184.410 lo fueron indefinidos, es decir, un 80% del incremento vino dado por esta modalidad contractual. En concreto, los contratos fijos, por sí solos, crecieron un 139,25%, dicho de otro modo, en un año más que duplicaron su crecimiento. Esto contrasta con la evolución de los contratos temporales, que se incrementaron en 47.363, un 4,39% más.

[24] FUNCAS: "Afiliación a la Seguridad Social y paro registrado Febrero 2022", cit.

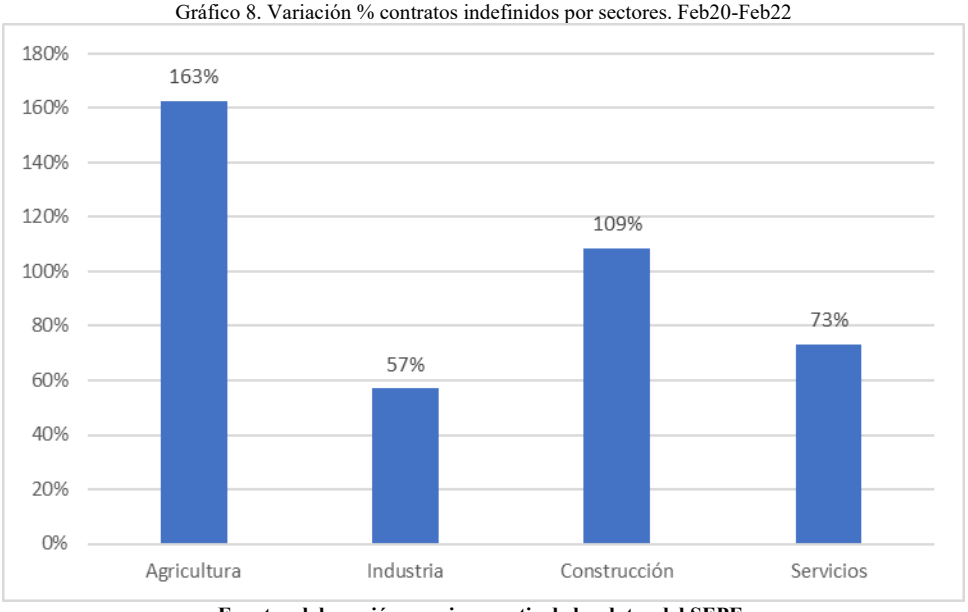
Gráfico 7. Variación anual de los contratos



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del SEPE. Febrero de 2022.

Este avance de la contratación indefinida es generalizado en todos los sectores productivos, tal y como puede verse en el siguiente gráfico. Aun así, el sector que vería crecer la contratación indefinida con mayor intensidad sería la agricultura, con un 163% más; seguida de la construcción, que avanza un 109%; los servicios, con un 73% más; para cerrar con la industria, un 57%, aunque este es frecuentemente el sector con mayores niveles de contratación indefinida, por lo que resulta lógico que ahí los avances sean menores.

Gráfico 8. Variación % contratos indefinidos por sectores. Feb20-Feb22



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del SEPE.

En relación al sector de la construcción debe hacerse una precisión. De acuerdo con la DT 3ª RDL 32/2021 y el art. 24 del VI Convenio Estatal de la Construcción, los contratos fijos de obra no podrán celebrarse a partir del 30 de diciembre de 2021, pero los que estuvieran vigentes en dicha fecha "resultarán aplicables hasta su duración máxima", en los términos recogidos en el precepto convencional[25]. Lógicamente esto va a provocar una suerte de efecto estadístico, pues lo que antes eran contratos de obra y, por ello, temporales, ahora se considerarán indefinidos por motivos inherentes a la persona trabajadora en el sector de la construcción y, por tanto, fijos. De acuerdo con los datos, parece que este efecto ya se estaría empezando a producir y, además, de una forma ciertamente notable, especialmente si se considera el pequeño tamaño que la agricultura tiene en términos de contratación y que, por tanto, la comparación más apropiada es con el sector servicios e industria.

4. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTRATOS FIJOS DISCONTINUOS

Pero si hay una modalidad protagonista en la reforma laboral 2021, esta es sin lugar a dudas el contrato de fijos discontinuos. Esta figura está llamada a ser la modalidad estable que permita dar cabida a numerosos tipos de actividades productivas no permanentes que, hasta ahora, se han venido encuadrando a través de modalidades contractuales temporales. Como ha señalado algún autor «el objetivo inicialmente planteado en cuanto al contrato fijo-discontinuo parece haber sido desbordado por la norma finalmente consensuada y aprobada, que ha dado una nueva regulación de este contrato que va más allá de incentivar su uso en actividades estacionales, para ser un instrumento que coadyuve a atajar la temporalidad, encauzando anteriores supuestos de contratación temporal al amparo del art. 15 ET que ahora han quedado sin cobertura (contratos para obra o servicio vinculados a una contrata) y permitiendo su celebración por empresas de trabajo temporal, para atender necesidades temporales de diversas empresas usuarias»[26]. De ahí que ya haya habido quien ha vaticinado «un éxito estadístico garantizado»[27]. Aunque las modificaciones introducidas entrarán en vigor el 30 de marzo, pues la DF 8ª c) así lo establece, lo cierto es que ya se observan algunos cambios significativos en la tendencia experimentada por esta modalidad contractual hasta la fecha, que podrían ir en la línea de corroborar ese vaticinio.

El siguiente gráfico muestra la variación, en términos absolutos y porcentuales, del número de contratos registrados respecto del mes anterior. El mes que se ha tomado como referencia es febrero y se comparan las modalidades de contrato indefinido, el ordinario, distinguiendo según se preste servicio a tiempo completo o a tiempo parcial, y el fijo discontinuo. La variación en términos absolutos se representa con un triángulo y se mide con el eje de la derecha, mientras que la que se realiza porcentualmente se fija con una barra cuya escala puede valorarse en el eje de la izquierda.

Pues bien, comenzando por aquel, el gráfico muestra que en el mes de febrero de firmaron 28.224 contratos indefinidos a tiempo completo más que en el mes anterior, 28.783 a tiempo parcial y 21.162 fijos discontinuos. Teniendo en cuenta que la contratación indefinida ordinaria creció en 57.007 contratos, 21.162 fijos discontinuos pueden parecer pocos, pues no llegan ni siquiera a la mitad de aquellos.

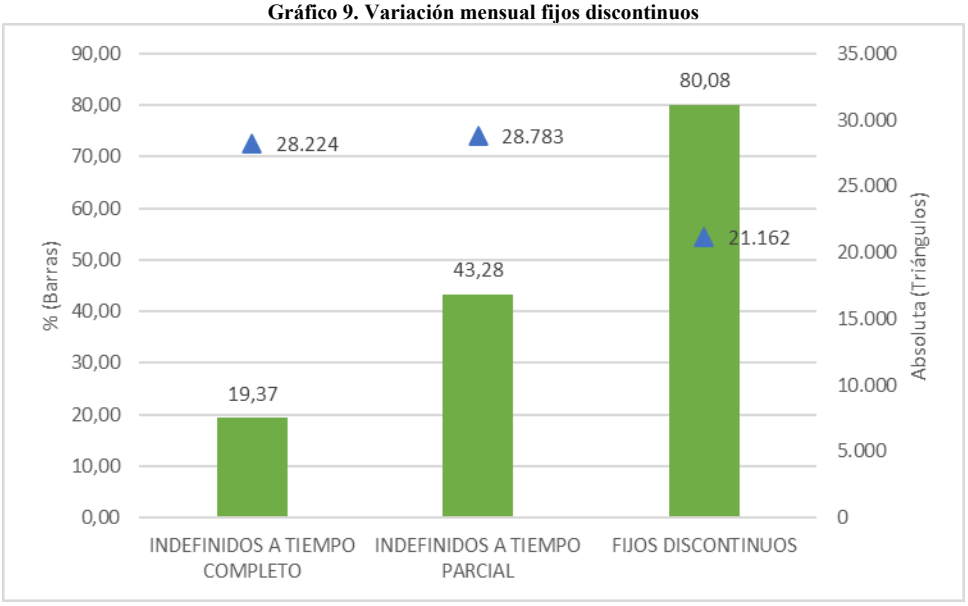
[25] DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "RDL 32/2021: El fin de los contratos temporales que conocíamos. Régimen transitorio hasta su definitiva desaparición", *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, fecha de consulta 10 enero 2022, en https://www.aedtss.com/rdl-32-2021-el-fin-de-los-contratos-temporales-que-conociamos-regimen-transitorio-hasta-su-definitiva-desaparicion/.

[26] GARCÍA ORTEGA, J.: "El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral", *Brief de la AEDTSS*, 2022, fecha de consulta 18 enero 2022, en https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf.

[27] GOERLICH PESET, J. M.: "La reforma de la contratación temporal", en MERCADER UGUINA, J. R., DE LA PUEBLA PINILLA, A. y GOERLICH PESET, J. M. (Eds.) *La reforma laboral de 2021: un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 71.

Sin embargo, si centramos el foco en la variación porcentual (eje de la izquierda), vemos que la situación está lejos de ser esta. Los contratos fijos discontinuos crecieron más de un 80% respecto de la cifra registrada el mes anterior que, como puede verse más adelante (vid. Gráfico 12), ya resultó muy positiva respecto de la que se venía observando en meses precedentes, anteriores a la entrada en vigor de la reforma. Esto significa que la contratación fija discontinua estuvo cerca de doblar el número de contratos nuevos registrados respecto del mes anterior y superó en más de 20 puntos el avance del resto de la contratación indefinida que, como tuvimos ocasión de ver anteriormente, ha progresado muy satisfactoriamente.

Gráfico 9. Variación mensual fijos discontinuos



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del SEPE. Febrero 2022.

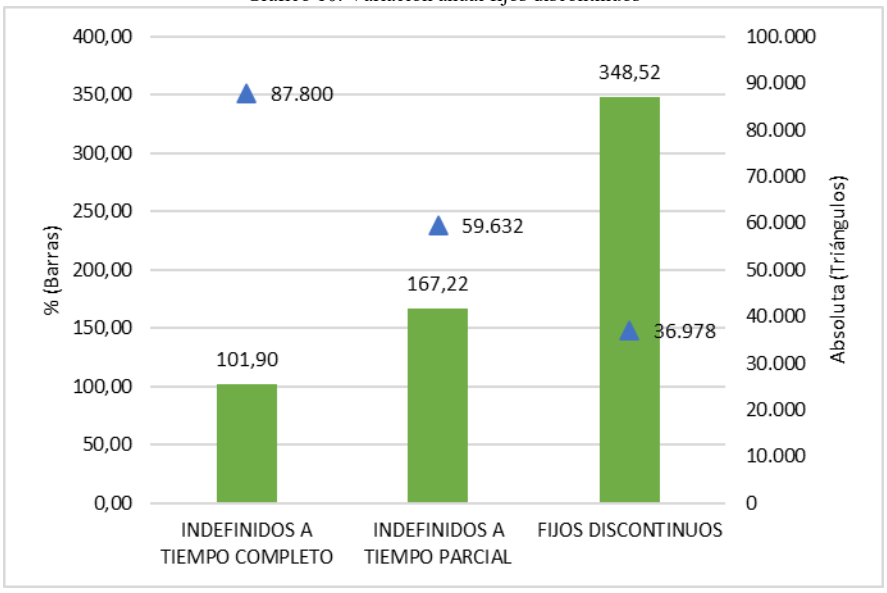
Si alejamos el foco, podemos ver cómo la evolución de esta modalidad contractual es incluso más positiva de lo que parece. El siguiente gráfico realiza exactamente el mismo análisis que el anterior pero expresando las variaciones no en términos intermensuales sino interanuales. El resto de aspectos referenciados anteriormente permanecen invariables, por lo que los triángulos se dedican a la variación en términos absolutos, que debe medirse con el eje de la derecha, mientras que las barras se refieren a la variación porcentuales que se mide con la de la izquierda.

Pues bien, como puede comprobarse, la variación de la contratación indefinida a tiempo completo en el último año arroja un saldo positivo de 87.800 contratos, a los que, si añadimos los 59.632 contratos indefinidos a tiempo parcial, nos da un resultado de 147.432 contratos indefinidos ordinarios más que hace un año. Frente a esta cifra, el incremento de 36.978 contratos fijos discontinuos parece muy escaso. Sin embargo, de nuevo, si observamos la misma comparación desde el prisma de la variación porcentual la situación es muy distinta.

Los contratos indefinidos a tiempo completo han crecido un 101,9%, es decir, más que se han doblado, lo que resulta un dato muy positivo. Esta misma modalidad a tiempo parcial ha registrado un avance del 167,22%, es decir, ha aumentado más que la contratación indefinida a tiempo completo, lo que deberá ser observado con precaución en próximos análisis, pues ya el tiempo parcial venía creciendo de forma lenta pero paulatina en nuestro país, tendencia que la reforma laboral podría contribuir a espolear. Nótese que frente a los 59.632 contratos indefinidos a tiempo parcial que se celebraron en el último año, en el mes de febrero se firmaron 95.293, es decir, prácticamente el doble que en los últimos doce meses.

Por último, si los dos avances anteriores son significativos, aún lo es más el experimentado por los contratos fijos discontinuos, que han crecido un 348,52% en el último año. De nuevo, repárese que la mayor parte de este avance se ha producido a raíz de aprobarse la reforma laboral. En concreto, en enero se firmaron 26.426 contratos fijos discontinuos (vid. Grafico 12), 9.709 contratos más que el mes anterior. Entre enero y febrero de 2022 se celebraron 74.014 contratos, esto es, el doble de los que se firmaron en los últimos doce meses.

Gráfico 10. Variación anual fijos discontinuos



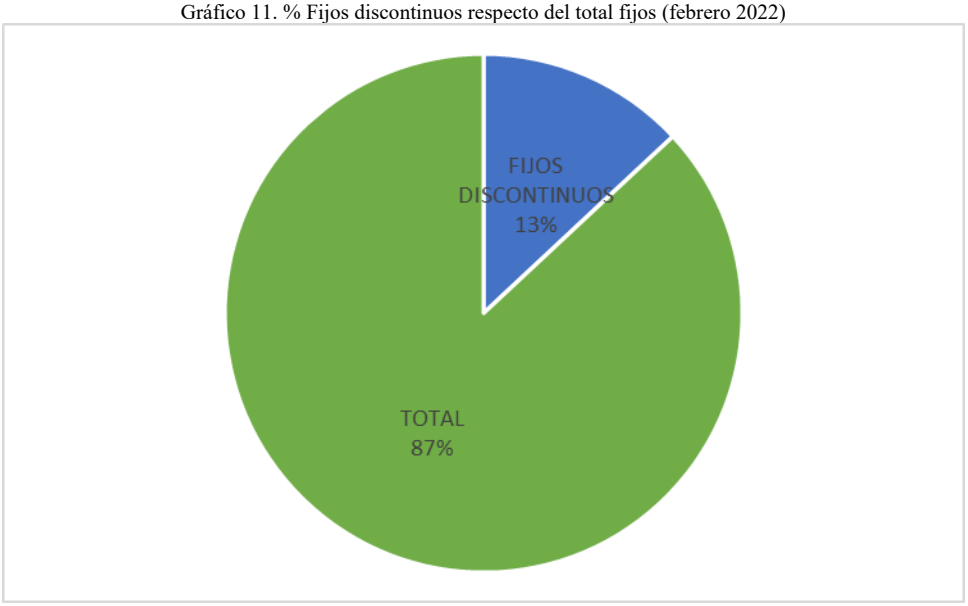
Fuente: elaboración propia a partir de los datos del SEPE. Febrero 2021 y Febrero 2022.

Por consiguiente, aunque en términos absolutos la contratación fija discontinua sea una pequeña porción del conjunto de la contratación fija, en términos relativos avanza a una velocidad mucho mayor que aquella desde que se aprobó la reforma, incluso si se tiene en cuenta que la ordinaria ha avanzado significativamente. El siguiente gráfico muestra que del conjunto de contratos indefinidos que se firmaron en España en febrero de 2022, el 13% lo fueron fijos discontinuos. Dicho de otra forma, comparar en términos absolutos la contratación fija discontinua y el resto de la contratación ordinaria siempre nos va a dar solo una parte de la fotografía, probablemente no la más importante, dado este peso muy limitado.

Ahora bien, incluso usando datos como estos, puede observarse también el avance más acelerado de los contratos fijos discontinuos experimentado en los últimos dos meses en comparación con el desarrollado por el resto de la contratación fija. En febrero de 2021, se firmaron 132.431 contratos fijos, de los cuales 10.610 fueron fijos discontinuos. Tal y como muestra el Gráfico 12, esto implica que en aquel momento la contratación fija discontinua representaba el 8% del total de la contratación indefinida, es decir, cinco puntos menos que en el mismo mes de 2022. Aunque es cierto que en otros meses del año la contratación fija discontinua ha representado porcentajes mayores[28], los términos de comparación adecuados son entre los mismos meses, pues esto permite aislar factores estacionales. Así las cosas, aquí tenemos un indicio más de esa aceleración en el uso de esta modalidad contractual en la que venimos insistiendo.

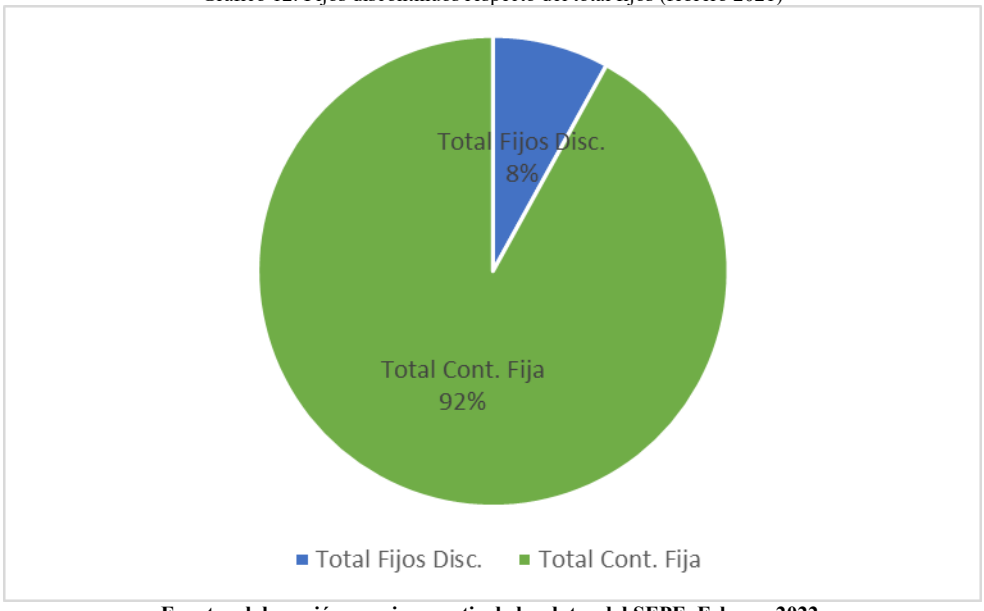
[28] En 2021, de mayo a octubre se registraron porcentajes por encima del 13%, lo que podría estar relacionado con campañas estivales. De mantenerse la tendencia detectada, en 2022 podríamos estar hablando de porcentajes en torno al 20% del total de contratos indefinidos.

Gráfico 11. % Fijos discontinuos respecto del total fijos (febrero 2022)



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del SEPE. Febrero 2022.

Gráfico 12. Fijos discontinuos respecto del total fijos (febrero 2021)

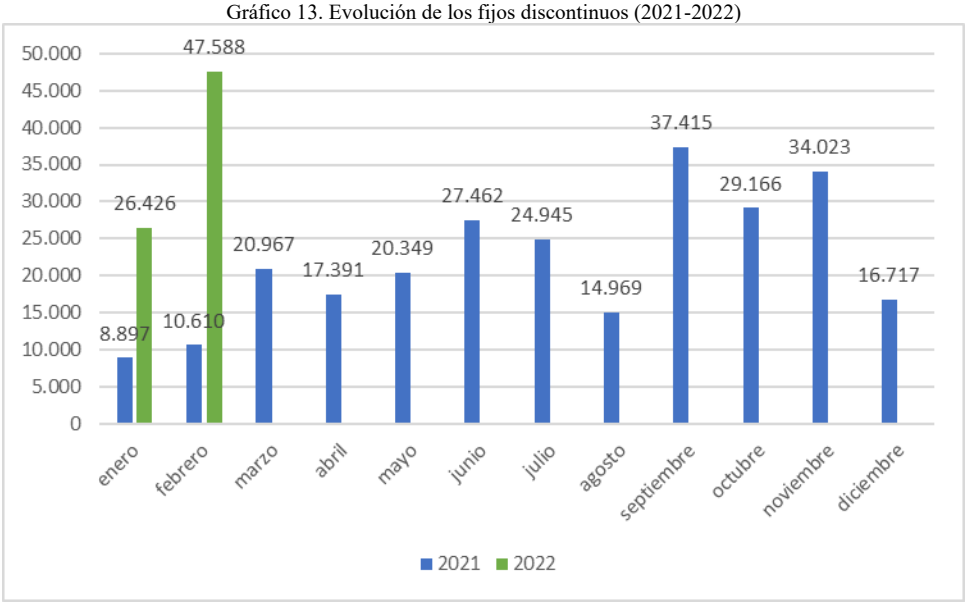


Fuente: elaboración propia a partir de los datos del SEPE. Febrero 2022.

Pero donde se observa claramente el acelerón de la contratación fija discontinua es precisamente en el análisis del número de contratos registrados en los últimos dos meses respecto de la tendencia anterior. El siguiente gráfico muestra el número de contratos de esta modalidad registrados en las oficinas de empleo a lo largo del año 2021 y en los dos primeros meses del año anterior. Como puede comprobarse, si en enero de 2021 se registraron 8.897 contratos de este tipo, en 2022, esta cifra se multiplica por tres. La distancia se amplía incluso en febrero. Frente a los

10.610 contratos de 2021, 47.588 contratos de 2022, cuatro veces más. Podría pensarse en alguna especie de efecto coyuntural, dado lo inestable de la situación económica durante la pandemia. Sin embargo, si repasan los niveles de contratación fija discontinua en enero y febrero de 2020, justo antes de ella, puede comprobarse que los niveles no estuvieron muy alejados de los de 2021.

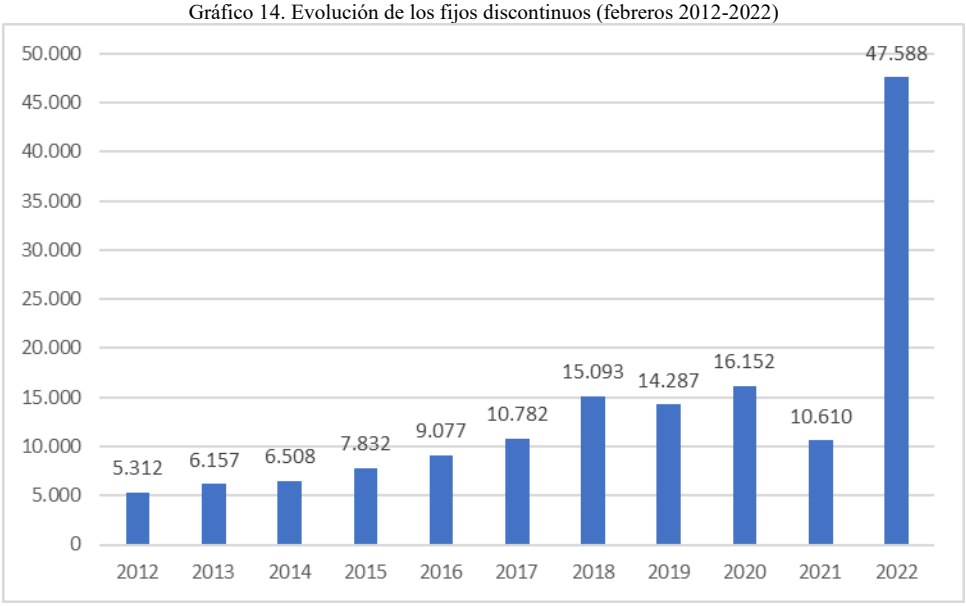
Gráfico 13. Evolución de los fijos discontinuos (2021-2022)



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del SEPE. Febrero 2022.

A esta tarea dedicamos precisamente el siguiente gráfico, que compara el número de contratos fijos discontinuos registrados en los meses de febrero de la última década. Como puede comprobarse, los niveles detectados a raíz de la reforma de 2021 no tienen parangón. El mes de febrero que más se aproxima es el de 2020, con 16.152 contratos, es decir, alrededor de 30.000 contratos menos. Los mejores meses de la serie, que son precisamente los previos a este, 2019 con 14.287 y 2018 con 15.093, se sitúan en niveles muy similares, por lo que los podríamos considerar normales en una coyuntura económica positiva. De ser así y de mantenerse estos niveles en el futuro, estaríamos hablando que la reforma laboral habría propiciado un incremento de la contratación fija discontinua del entorno del 200%.

Gráfico 14. Evolución de los fijos discontinuos (febreros 2012-2022)



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del SEPE. Febrero 2022.

5. ALGUNOS FUTURIBLES

Aunque, como hemos advertido, es pronto para poder realizar una evaluación de la reforma (de hecho, la primera oficial no está prevista hasta 2025[29]), los primeros datos disponibles invitan a la esperanza, lo cual no es poco en los tiempos que corren.

De acuerdo con lo analizado en este estudio, en enero las contrataciones indefinidas se han incrementado un 91% respecto del mismo mes del año anterior, mientras que en febrero lo han hecho un 139%. Si extendemos el ámbito temporal de análisis, lo cierto es que la tendencia positiva de la contratación fija no cambia. La media del período 2015 - 2021 se ha situado en torno a los 132.000 contratos indefinidos al mes, lo que implica que febrero de 2020 se habría situado 140% por encima de la media de este período.

Además, este incremento notable de la contratación indefinida se ha producido a costa de la contratación temporal, lo que se ha traducido en un avance del porcentaje que esta modalidad contractual representa en el conjunto de los contratos. Si aquella solía moverse entre el 10% y el 11% del total de contratos registrados, en lo que llevamos de 2022 el porcentaje de contratos fijos se habría doblado hasta alcanzar el 21,9%.

En este giro de guion estaría teniendo un papel muy destacado el contrato fijo discontinuo. En este sentido, si los avances anteriores son significativos, aún lo es más el experimentado por esta modalidad contractual, que han crecido un 348,52% en el último año. De nuevo, nótese que la mayor parte de este crecimiento se ha producido a raíz de aprobarse la reforma laboral. En concreto, en enero se firmaron 26.426 contratos fijos discontinuos, 9.709 contratos más que el mes anterior.

[29] Art. Uno.Doce RDL 32/2021, que introduce una nueva DA 24ª en la que se establece el compromiso de tener lista una evaluación en enero de 2025, repitiéndose cada dos años. Dada la fecha del compromiso, es probable que los datos de la mencionada evaluación se refieran a 2022, 2023 y 2024, al menos. El establecimiento de un plazo tan largo de evaluación -el de la reforma laboral 2012, encargado a la OCDE, se publicó seis meses después, lo que es demasiado poco- puede obedecer a lo inestable de la situación económica, lo que podría afectar a los resultados. Sea como fuere, en el ámbito académico, a buen seguro de que las habrá antes.

Entre enero y febrero de 2022 se celebraron 74.014 contratos, esto es, el doble de los que se firmaron en los últimos doce meses.

En suma, de seguir la tendencia observada en los primeros dos meses de aplicación del RDL 32/2021, habremos dado un paso muy significativo en la corrección de un problema que, como la propia reforma reconoce, ha durado casi cuatro décadas[30], sucediéndose un sin fin de cambios normativos que apenas han tenido una incidencia significativa en la reducción de la temporalidad[31]. Con que se diera otro paso certero en la reforma de la temporalidad ya sería un éxito, que en buena medida implicaría el del conjunto de la reforma, máxime si se tiene en cuenta que este es sin lugar a dudas un aspecto nuclear[32] de la misma.

Es cierto que en los datos analizados hay una parte innegable de maquillaje estadístico que, hábilmente desde un punto de vista político, se ha puesto al servicio de los intereses de la reforma. Nos estamos refiriendo a la transformación del contrato fijo de obra por el "contrato de trabajo indefinido adscrito a obra". Aunque esta modalidad contractual debía ser objeto de necesaria revisión tras la TJUE de 24 de junio de 2021 (asunto C-550/19)[33], la intervención normativa que se ha operado es más bien meramente estética o decorativa[34], pues de facto seguiría siendo un contrato temporal.

Pero al margen de lo anterior, lo cierto es que la reforma ha propiciado que se cierren buena parte de las válvulas que alimentaban la temporalidad para encauzar esas relaciones hacia la contratación indefinida y, en particular, hacia el contrato fijo discontinuo. Es probable, de hecho, que la operación haya sido de la suficiente contundencia como para esperar efectos más allá de lo estadístico. Nos estamos refiriendo a un cambio en la "cultura" de la gestión de los recursos humanos, pasando de un marco en el que el contrato temporal era el comodín para buena parte de las actividades no permanentes de la empresa a otro en el que ese papel lo pueda ocupar la contratación fija discontinua. Si los agentes económicos conciben esta modalidad contractual como lo suficientemente flexible como para no provocarles problemas de rigidez en su día a día, ese paso estará dado. Además, de producirse, este cambio no sería baladí, pues al margen de coyunturas o modas pasajeras, tendría entidad suficiente como para asentarse de forma estructural.

[30] Existe consenso en considerar la reforma del año 84 como el inicio de este problema. LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F.: *La contratación laboral en la reforma de 2021: análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 13.

[31] Todo lo más, hemos conseguido reducir en torno a 5 puntos la tasa de temporalidad, que ha pasado de situarse por encima del 25% a niveles cercanos al 20%

[32] GOERLICH PESET, J. M.: "La reforma de la contratación temporal", cit., pp. 23-116.

[33] ROJO TORRECILLA, E.: "UE. Límites a la utilización del contrato "fijo de obra" en el sector de la construcción en España. Notas a la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021 (asunto C-550/19)", *El Blog de Eduardo Rojo*, 2021, fecha de consulta 24 junio 2021, en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/06/ue-limites-la-utilizacion-del-contrato.html; "Estudio de la reforma laboral de 2021 (IV) La nueva contratación temporal estructural y la potenciación del contrato fijo discontinuo", *El Blog de Eduardo Rojo*, 2022, fecha de consulta 15 enero 2022, en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_7.html. Sobre las dudas acerca de su encaje comunitario y constitucional, véase BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "RDLey 32/2021 y el contrato indefinido adscrito a obra (Ley 32/2006): dudas de constitucionalidad y motivos para una (eventual) cuestión prejudicial", *UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES*, 2022, fecha de consulta 24 enero 2022, en https://ignasibeltran.com/2022/01/24/rdley-32-2021-y-el-contrato-indefinido-adscrito-a-obra-ley-32-2006-dudas-de-constitucionalidad-y-motivos-para-una-eventual-cuestion-prejudicial/.

[34] VICENTE PALACIO, M. A.: "Obituario. Contrato para obra o servicio determinado: Descanse en paz ¡Viva el contrato fijo discontinuo!", *Los Brief de la AEDTSS*, 2022, fecha de consulta en https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/OBITUARIO-ARANTCHA.pdf. En el mismo sentido, ARAGÓN GÓMEZ, M. C.: "Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos", *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, n.º Extra 0, 2022, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 43-57. Más dubitativo se muestra Goerlich, que llega a calificarlo como un "contrato indefinido sui generis". GOERLICH PESET, J. M.: "La reforma de la contratación temporal", cit., p. 58.

El análisis de los datos que vengan en los próximos meses nos darán la respuesta a estos interrogantes. Corroborar si nos encontramos ante un auténtico cambio de ciclo, como los primeros datos apuntan, resulta crucial, no solamente para poder calibrar el éxito de la reforma sino, lo que es más importante, para saber si hemos dado por fin el paso definitivo en la resolución de un problema, el de la temporalidad, que dura ya demasiadas décadas.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN GÓMEZ, C. (Ed.): *Impacto del COVID-19 en materia laboral y de Seguridad Social*, Francis Lefebvre, 2020.

ARAGÓN GÓMEZ, M. C.: "Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos", *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, nº Extra 0, 2022, Universidad Carlos III de Madrid.

BANCO DE ESPAÑA: *Informe Anual 2020*, Banco de España, Madrid, 2021, fecha de consulta 2 marzo 2022, en https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/informes-y-memorias-anuales/informe-anual/.

BANCO DE ESPAÑA: *Informe Trimestral de la Economía Española*, Banco de España, Madrid, 2021, fecha de consulta 3 noviembre 2021, en https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/21/T3/Fich/be2103-it.pdf.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "RDLey 32/2021 y el contrato indefinido adscrito a obra (Ley 32/2006): dudas de constitucionalidad y motivos para una (eventual) cuestión prejudicial", *UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES*, 2022, fecha de consulta 24 enero 2022, en https://ignasibeltran.com/2022/01/24/rdley-32-2021-y-el-contrato-indefinido-adscrito-a-obra-ley-32-2006-dudas-de-constitucionalidad-y-motivos-para-una-eventual-cuestion-prejudicial/.

BLASCO PELLICER, A. A., ALEGRE NUENO, M., LÓPEZ BALAGUER, M., RAMOS MORAGUES, F. y TALENS VISCONTI, E.: *Análisis normativo de las medidas laborales y de Seguridad Social frente a la crisis del COVID-19*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: "Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria de Covid-19", *Derecho de las relaciones laborales*, vol. 4, 2020.

DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "RDL 32/2021: El fin de los contratos temporales que conocíamos. Régimen transitorio hasta su definitiva desaparición", *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, fecha de consulta 10 enero 2022, en https://www.aedtss.com/rdl-32-2021-el-fin-de-los-contratos-temporales-que-conociamos-regimen-transitorio-hasta-su-definitiva-desaparicion/.

EUROPEAN COMMISSION: *Autumn 2021 Economic Forecast for Spain*, Bruselas, 2021.

FINA SAGLÀS, L. y TOHARIA CORTÉS, L.: *Causas del paro en España: un punto de vista estructural*, Madrid, Fundacion IESA, 1987.

FUNCAS: "Afiliación a la Seguridad Social y paro registrado Febrero 2022", *Funcas*, 2022, fecha de consulta 2 marzo 2022, en https://www.funcas.es/textointegro/afiliacion-a-la-seguridad-social-y-paro-registrado-febrero-2022/.

GARCÍA ORTEGA, J.: "El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral", *Brief de la AEDTSS*, 2022, fecha de consulta 18 enero 2022, en https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf.

GOERLICH PESET, J. M.: "La reforma de la contratación temporal", en MERCADER UGUINA, J. R., DE LA PUEBLA PINILLA, A. y GOERLICH PESET, J. M. (Eds.) *La reforma laboral de 2021: un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

LAYARD, P. R. G., NICKELL, S. J. y JACKMAN, R.: *La crisis del paro*, Madrid, Alianza, 1996.

LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F.: *La contratación laboral en la reforma de 2021: análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

MERCADER UGUINA, J. R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "La Reforma Laboral de 2021: elogio de la sensatez", *El Foro de Labos*, 2021, fecha de consulta 19 enero 2022, en https://www.elforodelabos.es/la-reforma-laboral-de-2021-elogio-de-la-sensatez/.

MONEREO PÉREZ, J. L.: "La pandemia Covid-19 como "hecho social total" y su impacto en el derecho social", en BARRIOS BAUDOR, G. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Eds.) *Derecho vivo de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2020.

MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre: A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID 19 y las medidas legales adoptadas", *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, n.º 23, 2020.

OECD: "Spain Economic Snapshot", 2021, fecha de consulta 2 febrero 2022, en https://www.oecd.org/economy/spain-economic-snapshot/.

PALAFOX GAMIR, J.: "España y la crisis internacional de 1929: el papel de los desequilibrios internos", en *Pasado y presente: de la Gran Depresión del siglo XX hasta la Gran Recesión del siglo XXI*, Fundación BBVA, 2011.

PÉREZ DEL PRADO, D.: "Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo", en GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. (Ed.) *La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, 2020.

ROJO TORRECILLA, E.: "Estudio de la reforma laboral de 2021 (IV) La nueva contratación temporal estructural y la potenciación del contrato fijo discontinuo", *El Blog de Eduardo Rojo*, 2022, fecha de consulta 15 enero 2022, en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_7.html.

ROJO TORRECILLA, E.: "UE. Límites a la utilización del contrato "fijo de obra" en el sector de la construcción en España. Notas a la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021 (asunto C-550/19)", *El Blog de Eduardo Rojo*, 2021, fecha de consulta 24 junio 2021, en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/06/ue-limites-la-utilizacion-del-contrato.html.

STIGLITZ, J. E.: "La gran recesión", *Claves de Razón Práctica*, 2010.

TOBIN, J.: "El paro en los años ochenta: Diagnóstico y prescripción a nivel macroeconómico", *Papeles de economía española*, n.º 26, 1986.

VICENTE PALACIO, M. A.: "Obituario. Contrato para obra o servicio determinado: Descanse en paz ¡Viva el contrato fijo discontinuo!", *Los Brief de la AEDTSS*, 2022, fecha de consulta en https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/OBITUARIO-ARANTCHA.pdf.

La problemática de las contrataciones temporales en la administración: Servicios Sociales de las Corporaciones Locales y programas subvencionados por las comunidades autónomas en el ejercicio de competencias propias

The problem of temporary contracts in public administrations: Social Services of Local Corporations and programmes subsidised by the Autonomous Communities in the exercise of their own competences

ENRIQUE VILLALOBOS SÁNCHEZ *Doctorando de la Universidad de Granada*

Cita sugerida: VILLALOBOS SÁNCHEZ, E. "La problemática de las contrataciones temporales en la administración: Servicios Sociales de las Corporaciones Locales y programas subvencionados por las comunidades autónomas en el ejercicio de competencias propias". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 3 (2022):* 107-130.

Resumen

Las altas tasas de temporalidad existentes en el empleo público de nuestro país son consecuencia de prácticas fraudulentas de las Administraciones Públicas, especialmente en el plano autonómico y local. En este artículo vamos a analizar una de dichas prácticas, recurrente en el ámbito de los servicios sociales comunitarios municipales, consistente en prestar las funciones que tienen encomendadas mediante contratación no estable, lo que supone un perjuicio tanto para los trabajadores como para la ciudadanía, pues dicha inestabilidad laboral afecta directamente a la calidad del servicio prestado por nuestra administración. Siendo esta práctica recurrente en toda España, y ante la imposibilidad de exponer en un mismo artículo las prácticas de cada comunidad autónoma y de cada municipio, nos vamos a centrar en el territorio de Andalucía. En concreto se analizará, siendo las conclusiones alcanzadas en dicho análisis extrapolables a otras zonas en las que se desarrollen las mismas prácticas, la falta de causalidad de los contratos temporales suscritos para el desarrollo de la Estrategia Regional Andaluza para la cohesión e inclusión social y los planes locales para ejecutar dicha intervención en zonas desfavorecidas.

Palabras clave

Temporalidad; fraude, ley; interinidad; ejecución; programas

Abstract

The high rates of temporary employment in our country are the result of fraudulent practices by public administrations, especially at the regional and local levels. In this article we analyse one of these practices, which is recurrent in the field of municipal community social services, consisting of providing the functions entrusted to them through non-stable contracts, which is detrimental both for the workers and for the citizens, as this job instability directly affects the quality of the service provided by our administration. As this practice is recurrent throughout Spain and given the impossibility of describing the practices of each autonomous community and each municipality in the same article, we will focus on Andalusia. Specifically, the lack of causality of the temporary contracts signed for the development of the Andalusian Regional Strategy for social cohesion and inclusion, as well as the local plans for implementing this intervention in disadvantaged areas will be analysed. The conclusions reached in this analysis are extrapolated to other areas in which the same practices are developed.

Keywords

temporary employment; fraud; law; interim; execution; programmes

1. EL EMPLEO TEMPORAL EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: UN PROBLEMA CRÓNICO Y ESTRUCTURAL DE NUESTRO PAÍS

Como introducción al presente artículo, señalar que "*el contrato temporal es aquél en virtud del cual las partes desde su celebración prevén un plazo o un término final. No obstante, la*

Fecha Recepción: 28/12/2021 - Fecha Revisión: 12/01/2022 - Fecha Aceptación: 13/01/2022
Pags. 107-130

capacidad de las partes para celebrar contratos temporales está limitada, dado que la elección debe ajustarse al principio de causalidad. Es decir, sólo pueden celebrarse contratos temporales en los supuestos definidos en la ley (se exige una correspondencia entre duración temporal del contrato y la naturaleza temporal del trabajo)"[1].

Bien es sabido que los porcentajes de temporalidad en el mercado laboral de nuestro país son demasiado elevados, confirmando las estadísticas que "*España fue el país de la Unión Europea (UE) con mayor porcentaje de empleados temporales en 2020 tanto en la proporción sobre el total de ciudadanos españoles asalariados (21,8%), como en el porcentaje de trabajadores temporales provenientes de otros países de la UE en comparación con el total de asalariados temporales (27%)*"[2].

Si nos centramos en el ámbito del empleo público temporal, en pleno 2021 observamos "*que no deja de crecer (30,4 %, según la última Encuesta de Población Activa, EPA) y que es especialmente alarmante si hablamos de trabajadores que llevan más de un trienio -en el mejor de los casos- prestando servicios en el conjunto de las Administraciones Públicas encadenando contratos bajo esta modalidad*"[3].

Sin ánimo de hacer un análisis en profundidad de las causas del poco respeto existente en nuestro país al principio de estabilidad en el empleo, se podría entender que *"aunque la contratación temporal podría tener un cierto fundamento económico, la cultura de la temporalidad española respondería a un marco en el cual las empresas*[4] *estarían tomando sus decisiones sin tener en cuenta todos los beneficios que podría reportarles la contratación indefinida (Toharia, 2005) … Según la visión ecléctica, estos aspectos contribuirían a explicar el diferencial en la tasa de temporalidad existente entre España y el resto de la UE, así como su persistencia a pesar de las reformas implementadas"*[5].

1.1. Presión europea para disminuir los índices de empleo no estable

Diversas instancias europeas han puesto el foco sobre dichos porcentajes de temporalidad, gran parte de ella fraudulenta, coincidiendo todas ellas en que es necesario llevar a cabo reformas estructurales para garantizar un empleo estable, cumpliendo así con lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada (de ahora en adelante, la Directiva 99/70)[6].

Hay que recordar que la Directiva 99/70 "*resulta de plena aplicación a las diferentes categorías de trabajadores que se engloban bajo la etiqueta de "empleados públicos". Esta Directiva debe surtir efectos mientras se desarrolle la relación laboral y despliega efectos sobre*

[1] BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Régimen normativo de la contratación temporal (breves notas)*, UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES, 2021. https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#_ftnref1

[2] EL INDEPENDIENTE: *España fue el país con más empleados temporales de la UE en 2020*, 2021. https://www.elindependiente.com/economia/2021/05/26/espana-fue-el-pais-con-mas-empleados-temporales-de-la-ue-en-2020/

[3] DUEÑAS, J. L.: *El abuso de la temporalidad: el lastre del sector público en España*. RTVE.es, 2021. https://www.rtve.es/noticias/20210429/abuso-temporalidad-lastre-sector-publico-espana/2087672.shtml

[4] E incluiríamos aquí a las Administraciones públicas.

[5] FERNÁNDEZ-GUTIÉRREZ, M. y DÍAZ-FUENTES, D.: "Empleo Público y Temporalidad: ¿Es El Sector Público Parte Del Problema? (Public Employment and Temporary Employment: Is the Public Sector Part of the Problem?)", *Temas Laborales*, n. º 102, 2009, pp. 55.

[6] Para leer un breve análisis del contenido de la Directiva 99/70, véase el apartado 2 de BALLESTER LAGUNA, F.: "¿Ha hecho lo suficiente la legislación española para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo temporales en el ámbito de la investigación?: La Directiva 1999/70/CE", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n.º 4, 2015, pp. 173-197.

todas aquellas materias en que la naturaleza temporal del vínculo entre empleador y empleado resulte determinante a cualquier efecto"[7].

Continuando con el desarrollo de este punto y en relación con la influencia europea, que tiene como objetivo primar el empleo estable en nuestro país y reducir los altos porcentajes de temporalidad existentes, podemos mencionar los siguientes ejemplos:

Por un lado, nos encontramos con la Resolución del Parlamento Europeo, de 31 de mayo de 2018, sobre la respuesta a las peticiones sobre la lucha contra la precariedad y el uso abusivo de los contratos de trabajo de duración determinada (2018/2600(RSP))[8] que nace "c*omo resultado de numerosas peticiones que llegaron a la Unión Europea sobre precariedad laboral y abuso de la relación de empleo temporal, incluyendo entre ellas especialmente los abusos cometidos en la administración pública de varios estados miembros con sus empleados públicos..."*[9].

Aspectos a destacar en relación con la temporalidad en el empleo: Ya en sus consideraciones[10], en clara alusión a España, se hace referencia a "*que varios Estados miembros han experimentado, a lo largo de los años, un aumento significativo del empleo atípico y de los contratos de trabajo temporales en los sectores tanto público como privado…considerando que este hecho ha socavado la integridad de la legislación europea en materia de empleo y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea;"*.

Además, se considera que *"la existencia de un marco global de legislación de la Unión en vigor que debe reducir el riesgo de precariedad de ciertos tipos de relaciones laborales, como la Directiva sobre los contratos de trabajo de duración determinada..."*[11], a lo que se añade que "*de la reciente información relacionada con peticiones sobre el abuso de los contratos de duración determinada en el sector público ha puesto de relieve la situación de algunos trabajadores temporales que habían sido despedidos por la entidad pública para la que trabajaban a raíz de sentencias que declaraban que habían sufrido un uso abusivo de contratos de duración determinada, lo que constituía una infracción de la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada"*[12].

Importante también el recordatorio de que uno de los fundamentos de la Directiva 99/70 es que "*los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma general de relación laboral, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada solo son característicos del empleo en algunos sectores o de determinadas ocupaciones y actividades"*[13], por lo que la transformación de un contrato temporal en fraude de ley en uno indefinido "*debe considerarse como una medida para prevenir y sancionar de manera efectiva el abuso de los contratos de duración determinada en el sector público y en el privado..."*[14].

Finalmente, en relación con el reconocimiento de una posible indemnización económica a favor de un trabajador en abuso de temporalidad, se destaca en la resolución que *"la transformación*

[7] OCAÑA ESCOLAR, L.: "La doctrina del TJUE sobre la Directiva 1999/70 y el colectivo de empleados públicos", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. º 118, 2013, pp. 203-216.

[8] Acceso al texto completo de dicha resolución a través del siguiente enlace: https://drive.google.com/file/d/0B0LE4pjp_FUlV01ScjJ3UjdSNTloVndBYTl4VklwYTZkbl9R/view?resourcekey=0-11vklabFitz3gly6W9JpfQ

[9] BLOG DE APISCAM: *Resolución del Parlamento Europeo tras las peticiones recibidas en la Unión Europea sobre el abuso de la temporalidad tanto en la empresa como en el empleo público: la conversión a fijo es adecuada y pide que se incluya en la normativa nacional como medida ante abuso de temporalidad, sin perjuicio de sanción e indemnización adicional, condenando el despido por este fraude de ley*, 2018. http://apiscam.blogspot.com/2018/06/propuesta-de-resolucion-del-parlamento.html

[10] Concretamente, en el considerando F) de la Resolución del Parlamento Europeo, de 31 de mayo de 2018.

[11] Considerando G) de la Resolución del Parlamento Europeo, de 31 de mayo de 2018.

[12] Considerando I) de la Resolución del Parlamento Europeo, de 31 de mayo de 2018.

[13] Apartado 15 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 31 de mayo de 2018.

[14] Apartado 18 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 31 de mayo de 2018.

de un contrato de duración determinada en un contrato de duración indefinida…, no exime a un Estado miembro de la obligación de sancionar dicho abuso, incluyendo, además, la posibilidad de que el trabajador afectado obtenga la reparación de los perjuicios sufridos en el pasado…"[15], añadiendo que *"la concesión de una indemnización al trabajador afectado…debe, en todo caso, ser adecuada y eficaz, y compensar plenamente todos los daños sufridos"*[16].

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lleva una intensa actividad en relación con el abuso de temporalidad que se comete en nuestro país, con numerosas sentencias dictadas en los últimos años que ponen en tela de juicio prácticas habituales que tienen lugar en nuestras administraciones públicas, así como figuras jurídicas consolidadas por nuestros tribunales.

Como ejemplo de ello podemos mencionar la figura del indefinido no fijo, creada por el Tribunal Supremo para sancionar el abuso en las relaciones laborales temporales en el empleo público, que ha sido puesta en cuestión por el TJUE al afirmar literalmente que "*por lo que respecta a la transformación de los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en «indefinidos no fijos», basta con señalar que los propios juzgados remitentes consideran que esta medida no permite alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco… esta transformación se produce sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público… Además… la transformación de los empleados públicos con nombramiento de duración determinada en «indefinidos no fijos» no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo"*[17].

Y en relación con la interpretación que realizaba el Tribunal Supremo[18], que en resumen venía entendiendo que la crisis económica (y las medidas adoptadas para hacer frente a la misma) puede justificar relaciones de temporalidad de larga duración[19], también ha sido puesta en cuestión por el TJUE, afirmando que "*a este respecto, es necesario recordar que, según reiterada jurisprudencia, aunque las consideraciones presupuestarias pueden fundamentar elecciones de política social de un Estado miembro e influir en la naturaleza o el alcance de las medidas que pretende adoptar, no constituyen en sí mismas un objetivo de esa política y, por tanto, no pueden justificar la falta de cualquier medida preventiva contra la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco (sentencia de 25 de octubre de 2018, Sciotto, C-331/17, EU:C:2018:859, apartado 55 y jurisprudencia citada)"*[20].

Mencionar también la labor de vigilancia efectuada por la Comisión Europea sobre el proceso de reforma legislativa que se está llevando a cabo en nuestro país, en relación con las causas y duraciones existentes en el sistema de contratación pública temporal. Tal y como ha llegado a

[15] Apartado 19 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 31 de mayo de 2018.
[16] Apartado 20 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 31 de mayo de 2018.
[17] STJUE del 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y C-429/18), apartado 102.
[18] Interpretación recientemente superada por la STS 2454/2021 (Pleno), del 28/06/2021, nº recurso 3263/2019. Para un análisis de la misma, véase BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Los interinos por vacante se convierten en indefinidos no fijos si superan un plazo de 3 años: comentario de urgencia a la STS\Pleno 28/6/21*, UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES, 2021 https://ignasibeltran.com/2021/06/29/los-interinos-por-vacante-se-convierten-en-indefinidos-no-fijos-si-superan-un-plazo-de-3-anos-comentario-de-urgencia-a-la-stspleno-28-6-21/ y ROJO TORRECILLA, E.: *La saga "personal interino laboral". Modificación de la jurisprudencia del TS (y a la espera de la anunciada reforma del EBEP). Análisis de la sentencia de 28 de junio de 2021,* EL BLOG DE EDUARDO ROJO, 2021. http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/07/la-saga-personal-interino-laboral.html
[19] Para profundizar en dicha interpretación del TS, véase ROJO TORRECILLA, E.: *Empleo público. ¿Cuándo será injustificadamente larga una contratación de interinidad? Notas a la importante sentencia del TS de 5 de diciembre de 2019, con un voto particular discrepante,* EL BLOG DE EDUARDO ROJO, 2020. http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/01/empleo-publico-cuando-sera.html
[20] STJUE del 3 de junio de 2021 (C-726/19), apartados 91, 92 y 93.

afirmar la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea, en una carta enviada al gobierno español, *"está actualmente analizando los cambios introducidos en la legislación española y seguirá de cerca el futuro proceso legislativo con el objetivo de evaluar la conformidad del texto resultante con la Directiva Europea"*[21].

No obstante, a pesar de la influencia europea, "*no cabe desconocer que el problema de la temporalidad en nuestro país tiene características propias y no guarda relación con lo que sucede en el resto de la UE (no en vano tenemos la segunda tasa de temporalidad más alta de Europa y con tendencia a que siga creciendo). En segundo término, no puede tampoco obviarse que nada asegura que los modelos de temporalidad de los países que habitualmente nos sirven de inspiración se acomoden, tras las decisiones del TJUE, al Acuerdo sobre el trabajo de duración determinada"*[22].

El contexto descrito ha supuesto que, a finales del año 2021, se hayan llevado a cabo una serie de reformas que afectan a nuestro ordenamiento jurídico laboral y administrativo. Por un lado, nos encontramos con el Real Decreto-Ley 32/2021 de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y transformación del mercado de trabajo, norma con la que *"el legislador de urgencia asume el contenido del Diálogo Social que se ha venido desarrollando en los meses precedentes. Hay que llamar la atención sobre el régimen transitorio aplicable a buena parte de los cambios introducidos"*[23]. No obstante, a pesar de introducir una serie de cambios en relación con la contratación temporal, subcontratas y ultraactividad de los convenios, ha decirse que *"la ambiciosa reforma anunciada desde hace meses al final no ha sido tal, y ha dejado importantes cuestiones de la reforma laboral del año 2012 sin tocar, lo que hace que aquella reforma se consolide y sea más complicada modificarla en un futuro"*[24]. Los efectos de dicha reforma en el asunto objeto de este estudio se verán a continuación, en el apartado dedicado a los empleados laborales.

Por otro lado, también se ha aprobado la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, sin embargo, dicha ley no implica grandes cambios en las interinidades por ejecución de programas temporales, modalidad de nombramiento de trabajadores para ejecutar el programa que vamos a analizar en el apartado correspondiente.

1.2. Reparto de temporalidad en el empleo público desigual: mayor incidencia en el plano autonómico, provincial y local

De las cifras expuestas por las últimas Encuestas de Población Activa, resulta evidente que en el mercado de trabajo de España tenemos un grave defecto estructural de temporalidad, y si nos centramos en el empleo público, ese defecto estructural es especialmente pronunciado en el ámbito autonómico, provincial y municipal, siendo estos los niveles de organización territorial en los que se concentran las mayores tasas de temporalidad.

Enlazando con lo anterior, dentro de las competencias que ostentan las administraciones autonómicas, provinciales y locales, una de la más importante y con mayor peso de empleados públicos es la relativa a los Servicios Sociales, que en el marco de la pandemia generada por el

[21] Para profundizar en ello véase PÉREZ, B.: "Bruselas pone bajo vigilancia el acuerdo del Gobierno para estabilizar interinos", *La Información*, 2021. https://www.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/bruselas-pone-bajo-vigilancia-acuerdo-gobierno-estabilizar-interinos/2847821/?autoref=true

[22] REY, J. P.: "Por una reformulación de nuestro modelo de contratación temporal: reflexiones sobre las consecuencias de la sentencia Porras en nuestro ordenamiento y la eficacia de la Directiva 99/70", *Revista de derecho social*, n.º 76, 2016, pp. 219-252.

[23] SEMPERE NAVARRO, A.: *Las reformas laborales de diciembre 2021*, Lefebvre, 2022, p. 17.

[24] ARADAS, A.: "Resumen de la reforma laboral 2021 - RDL 32/2021*", Cuestiones Laborales*, 2022. https://www.cuestioneslaborales.es/resumen-de-la-reforma-laboral-2021-rdl-32-2021/#temporales.

COVID-19 fueron declarados como esenciales por el Gobierno central[25] y que se han visto desbordados por el aumento de usuarios.

Pero a pesar de su esencialidad, así como del importante peso que ostentan, las altas tasas de empleo no estable también afectan al ámbito de los Servicios Sociales, en cuyo seno podemos observar la frecuente práctica de recurrir a supuestos programas "temporales" subvencionados para llevar a cabo funciones estructurales al haberse regulado las mismas como competencias propias que deben desarrollarse de manera permanente.

La razón por la que nos vamos a centrar en dichas prácticas se justifica en los efectos perjudiciales derivados de las mismas, ya que se generan importantes bolsas de empleo público temporal que, a su vez, tienen como consecuencia dos impactos negativos:

Uno de ellos, que es de vertiente laboral, afecta a trabajadores a los que no se les reconoce un empleo estable y se ven en la rueda de participar cada cierto tiempo en procesos selectivos para acceder a bolsas de empleo temporal.

El otro, de vertiente ciudadana, supone que los propios Servicios Sociales dependen de la decisión (política) de si se prorroga la financiación a través de la cual se están ejecutando programas "temporales", lo que va en perjuicio de la calidad del servicio pues cada cierto tiempo (lo que dure la subvención) se pausarán muchas de las funciones desarrolladas y se sustituirá al personal que venía desempeñando esas funciones por un nuevo personal contratado al amparo de la nueva fuente de financiación, lo que afecta directamente a la ciudadanía usuaria del servicio (que en los últimos tiempos se ha multiplicado de forma exponencial, indicando ciertos informes que *"los nuevos perfiles que irrumpieron en los Servicios Sociales al comienzo de la pandemia se encuentran hoy en día consolidados, es decir, forman parte ya de un sistema del que no se prevé que puedan descolgarse en los próximos meses debido a la fuerte crisis económica en la que se encuentran los sectores económicos de los que proceden, y a la inestabilidad laboral en la que se encuentran"*[26]).

En base a lo expuesto, y a diferencia de numerosas obras y estudios relacionados con el abuso de temporalidad de larga duración, en el presente artículo nos vamos a centrar en el fraude de ley que se comete desde el inicio de la relación de trabajo temporal (ya sea laboral o funcionarial) y que, desde mi punto de vista, no necesita del paso del tiempo para que puedan declararse como fraudulentas dichas relaciones de empleo público (fraude ab initio).

Hay que recordar que, como indica tanto la normativa nacional como comunitaria, las relaciones indefinidas son la forma típica de contratación, y a través de ellas deben cubrirse los puestos de trabajo para desarrollar funciones y competencias propias, quedando el uso de los vínculos no indefinidos para cuestiones concretas y limitadas en el tiempo[27].

Continuando con el objeto de este artículo, y concretando aún más el mismo, nos vamos a centrar en el ámbito de los Servicios Sociales andaluces, sus competencias y funciones, y como

[25] Para profundizar en las medidas adoptadas en plena cuarentena de marzo de 2020, véase CEF LABORAL SOCIAL: *COVID-19. Medidas excepcionales para el personal del sector de servicios sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia relacionadas con la prestación de servicios y la contratación*, 2020, Laboral-social.com. https://www.laboral-social.com/COVID-19-medidas-personal-sector-servicios-sociales-obligacion-prestacion-movilidad-funcional-cambio-centro-contratacion-sin-titulacion-reincorporacion-liberados-sindicales.html

[26] CALZADA GUTIÉRREZ, I., MURIEL SAIZ, M., PÁEZ IZQUIERDO, V., CARO BLANCO, F., GÓMEZ GARRIDO, M., MARÍA MESTRE, J., ALKORTA ELORZA, E., FOUASSIER, M., RUÍZ CIARRETA, I., GUTIÉRREZ SASTRE, M., BECERRIL, I., ALMAGUER-KALIXTO, P., GÓMEZ QUINTERO, J. D., y HERNÁNDEZ CORDERO, A. L.: *Los servicios sociales ante la pandemia: sin esperanza, con convencimiento. Monitor de Impacto de la COVID-19 sobre los Servicios Sociales,* Instituto Nacional de Administración Pública, 2021, p. 8. https://www.inap.es/documents/84257/0/INFORME+MONITOR+DE+IMPACTO-FEBRERO+2021.pdf/6e01d03e-5b34-7207-6d38-90017742acfc

[27] Para profundizar en el principio de estabilidad en el empleo véase MONTOYA MELGAR, A. M.: "La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. º 33, 2001, pp. 61-74.

muchas de ellas se desarrollan en la actualidad a través del denominado como Plan de inclusión local en zonas desfavorecidas (Plizd), en lo que profundizaremos en los siguientes apartados. A pesar de centrarnos en el ámbito territorial andaluz, las conclusiones que se alcanzarán en el presente artículo serán extensibles a otros territorios fuera de Andalucía que lleven a cabo las mismas prácticas, pero por motivos de exposición debemos centrarnos en territorios concretos ya que el desarrollo de los planes analizados es descentralizada y cada municipio tendrá su propio plan de intervención, debiendo seguirse las directrices generales marcadas por cada comunidad autónoma que otorga la correspondiente subvención.

2. ORGANIZACIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA

Tal y como indica el art. 26 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, la estructura básica del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía se compone de un nivel primario y un nivel especializado.

Dentro del nivel primario, *"se ubican los servicios sociales comunitarios, que se prestan a la población desde los centros de servicios sociales comunitarios y mediante los equipos profesionales de los mismos".* Pues bien, dentro de esta primera división de los servicios sociales, es en los comunitarios en los que se va a centrar el presente artículo.

Sin ánimo de profundizar en los antecedentes de los mismos, señalar que *"las prestaciones básicas de los Servicios Sociales Comunitarios, tal y como hoy las entendemos dirigidas a la generalidad de la ciudadanía, tienen su precedente más cercano en la acción social que se llevó a cabo en la sociedad española de finales de los 50 y década de los 60 como consecuencia del éxodo rural hacia las grandes ciudades tras la implantación del Plan de Estabilización de 1959 y, más tarde, con los Planes de Desarrollo de 1964, que abocaron a estas ciudades a planificar y desarrollar nuevos servicios para atender las nuevas demandas que se planteaban por estos colectivos"*[28].

En relación con la organización de los servicios sociales comunitarios andaluces, especificar que son *"de titularidad y gestión pública"* y que *"constituyen la estructura básica del nivel primario de servicios sociales. La organización y gestión de estos servicios y sus centros corresponde a las entidades locales de cada territorio, de ámbito municipal o supramunicipal"*[29] y constituyen "*el primer nivel de referencia para la valoración de las necesidades, la planificación, la intervención, tratamiento, seguimiento, evaluación de la atención y coordinación con otros agentes institucionales del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, garantizando la universalidad en el acceso al mismo y su proximidad a las personas usuarias, familias, unidades de convivencia y grupos de la comunidad*"[30].

3. LA ERACIS, SU DESARROLLO A TRAVÉS DE LOS DENOMINADOS PROGRAMAS LOCAL DE INCLUSIÓN DE ZONAS DESFAVORECIDAS (PLIZD) Y SU CONFIGURACIÓN DENTRO DE LOS SERVICIOS SOCIALES COMUNITARIOS

Dichos programas locales forman parte de la "Estrategia Regional Andaluza para la cohesión e inclusión social. Intervención en zonas desfavorecidas"[31] (ERACIS, en adelante)**,** estrategia que se desarrolla a través de un documento formado por los siguientes apartados: *"una presentación e introducción, un diagnóstico y mapa de zonas desfavorecidas, la misión y los objetivos de la Estrategia, qué tipos de medidas se deben articular para su implementación, la metodología de*

[28] DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ: I*nforme sobre la situación de los servicios sociales comunitarios en Andalucía*, 2005.

[29] Art. 27.1 Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía.

[30] Art. 27.2 Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía.

[31] Acceso al documento a través del siguiente enlace: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Estrategia_Regional_Cohesion_Social-web.pdf

intervención y, por último, una metodología de seguimiento y evaluación de la propia herramienta"[32].

En base a dicho documento, la ERACIS se define (en la introducción (punto 2)) como la "*actuación sobre las zonas de los pueblos y ciudades donde se registran situaciones graves de exclusión social y/o donde existen factores de riesgo de que se produzcan, así como actuar sobre el contexto general del municipio a fin de transformar la visión que se tiene sobre estas zonas y viceversa, de forma que se promueva la eliminación de la territorialidad como un factor de exclusión".*

Tal y como afirma la propia Junta de Andalucía, la ERACIS es una iniciativa que *"se ha puesto en marcha desde la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, en cofinanciación con el Fondo Social Europeo, en el Marco del Programa Operativo FSE Comunidad Autónoma de Andalucía 2014-2020… El objetivo de este Proyecto es establecer mecanismos de compensación al objeto de que las personas residentes en zonas con necesidades de transformación social puedan acceder a los distintos Sistemas de Protección Social: educación, salud, servicios sociales y empleo, así como a otros servicios públicos"* [33].

En relación con la intervención en zonas desfavorecidas, la ERACIS establece que (en la página 9 del documento) *"la finalidad general de esta Estrategia es habilitar un procedimiento de intervención en zonas desfavorecidas mediante planes locales formulados desde las Administraciones Locales, y elaborados y ejecutados de forma participada".* Por tanto, son los ayuntamientos y diputaciones los que contratan a profesionales para llevar a cabo las actuaciones contempladas en la ERACIS, debiendo cada corporación local elaborar un programa propio basándose en las líneas predefinidas por dicha estrategia autonómica y participar en las convocatorias para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, dirigidas a entidades locales para el diseño, implantación, ejecución y desarrollo de los Planes Locales de Intervención en zonas desfavorecidas en Andalucía (PLIZD).

En la propia página 90 del documento que desarrolla la ERACIS establece como objetivo obligatorio el *"incrementar el número de profesionales en los centros de servicios sociales comunitarios"* y el *"refuerzo de la dotación de profesionales de centros de servicios sociales comunitarios"*. En este punto parece lógico preguntarse, ¿un supuesto programa basado en una estrategia temporal puede marcarse como objetivo principal (y obligatorio) el incremento de personal y el refuerzo de personal de los Servicios Sociales comunitarios, que desarrollan funciones estructurales en función de lo expuesto por la propia Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía[34]? Y contestando a una pregunta con otra pregunta, cabría plantearse la cuestión de si ¿no sería más lógico aumentar el personal de estructura para desarrollar las competencias básicas de los servicios municipales mediante contratación indefinida no sujeta a planes temporales? Más adelante profundizaremos en ello.

3.1. Modalidad de contratación de los trabajadores para ejecutar el correspondiente Plan Local de Intervención en zonas desfavorecidas en Andalucía (PLIZD) por parte de los ayuntamientos y diputaciones

Como el objetivo del presente artículo es analizar la validez o no, desde el punto de vista del principio de estabilidad en el empleo, de la estrategia ERACIS y los correspondientes PLIZD,

[32] DÍAZ BERMEJO, A., RODRÍGUEZ-SUÁREZ, I., ÁLVAREZ-DEL VALLE, L., CÓRDOBA-HERNÁNDEZ, R., SÁNCHEZ-TOSCANO, G., y HERNÁNDEZ-AJA, A.: *La Estrategia Regional Andaluza para la Cohesión e Inclusión Social. Intervención en Zonas Desfavorecidas (ERACIS)*, 2021, pp. 161.

[33] Presentación del proyecto extraída del siguiente enlace: https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticassocialesyconciliacion/areas/inclusion/paginas/presentacion-proyecto.html

[34] Véase el, ya expuesto, art. 27.1 de dicha Ley.

resulta obligatorio hacer un breve análisis de las distintas modalidades contractuales que vienen empleando las administraciones locales para ejecutar dichos programas.

En base al apartado 3 del art. único de la Orden de 10 de marzo de 2021, por la que se modifica la Orden de 3 de mayo de 2018, que aprueba las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a Entidades Locales para el diseño, implantación, ejecución y desarrollo de los planes locales de intervención en zonas desfavorecidas en Andalucía, en el ámbito de las competencias de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, hoy Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, el apartado 1.c) del artículo 23, queda redactado del siguiente modo:

«Efectuada la selección, las Entidades Locales procederán a su contratación, utilizando para la Línea 1 las modalidades establecidas en la normativa laboral o normativa administrativa, en el supuesto de contratación por arrendamiento de servicios, y para la Línea 2 la contratación se efectuará igualmente conforme a las modalidades de la normativa laboral o administrativa, ésta última para el supuesto de nombramiento de personal interino».

Por tanto, en la contratación de profesionales para el desarrollo del citado plan, se pueden contratar tanto a empleados laborales como funcionarios, ambos con modalidades contractuales temporales. En la práctica, las distintas corporaciones municipales y diputaciones están recurriendo a los siguientes tipos contractuales:

3.1.1. Empleados laborales (contrato de obra o servicio determinado)

En base a la normativa reguladora de dicha modalidad contractual, hay que comenzar este punto recordando la obligación de las Administraciones Públicas de respetar las normas establecidas por la legislación laboral sobre la validez y requisitos de los contratos temporales. Prueba de ello es la Disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, en la que se regula la *"Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral".* En dicha disposición se establece que:

"Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral…".

Centrándonos en la modalidad contractual por obra o servicio determinado, el propio Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de septiembre de 2009 EDJ 2009/245802 señalaba que, "*la cuestión ha sido ya unificada por la Sala en la citada STS /IV 21-enero-2009 (recurso 1627/2008) EDJ 2009/16988, con doctrina seguida por la STS /IV 14-julio-2009 (recurso 2811/2008) EDJ 2009/205417, recordando que los requisitos para la validez del contrato para obra o servicio determinados han sido examinados por esta Sala, entre otras, en la STS /IV 10-octubre-2005 (recurso 2775/2004), en la que con cita de la STS /IV 11-mayo-2005 (recurso 4162/2003) EDJ 2005/83724, se razona señalando que es aplicable tanto para las empresas privadas como para las públicas e incluso para las propias Administraciones Públicas".*

En línea con el Tribunal Supremo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (sede en Granada), en su sentencia del 3 de octubre de 2019 (Núm 2198/19), afirma que *"negar tal sometimiento, iría en contra del claro mandato del artículo 9.1 de la Constitución, que sujeta no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. En definitiva, no es posible a las Administraciones Publicas eludir el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo…)".*

Continuando con la regulación del contrato por obra o servicio determinado, se encuentra regulado en el art. 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, el cual indica que esta modalidad

contractual de duración temporal se podrá realizar *"cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta"*.

Por otro lado, el Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, establece en su art. 2.2 que los contratos de obra o servicio determinado deben cumplir los siguientes requisitos para ser considerados válidos:

"*a) El contrato deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto.*

b) La duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio.

Si el contrato fijara una duración o un término, éstos deberán considerarse de carácter orientativo en función de lo establecido en el párrafo anterior".

En cuanto a la duración máxima del contrato, establece el art. 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores que "*estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa"*.

Hay que indicar, en relación con la eficacia de la limitación temporal en el ámbito del empleo público de nuestro país, que *"pese a la trascendencia que a priori debía tener la limitación de la duración máxima del contrato para obra o servicio determinados, inmediatamente se constató que esta previsión limitativa de la extensión temporal de esta modalidad contractual, de gran repercusión en el sector privado, iba a producir efectos intrascendentes en el sector público, pues "aun cuando vincula a las Administraciones y sus organismos dependientes, lo hace sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, no obstaculizando, en consecuencia, la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo afectado (...)"*[35].

Desarrollo jurisprudencial de los requisitos para el contrato por obra o servicio determinado: La validez de los contratos de obra o servicio determinado ha sido frecuentemente analizada por nuestros tribunales, siendo de obligado cumplimiento analizar la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, reiterando[36] que *"son requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, que aparece disciplinado en los arts. 15.1.a) ET EDL 1995/13475 y 2 Real Decreto 2720/1998 de 18-diciembre EDL 1998/46406 que lo desarrolla (BOE 8-1-1999) -vigente desde el 9 de enero siguiente de acuerdo con lo previsto por su Disposición Final Segunda y, por ende, en la fecha en que el actor fue contratado-, los siguientes:*

a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa:

Como indica Luis Fernando de Castro, "*autonomía y sustantividad implican que no cabe el recurso a esta modalidad contractual para ejecutar tareas de carácter permanente y duración indefinida en el tiempo, que son aquéllas que se mantienen y perduran al no responder a circunstancias excepcionales que pudieran conllevar su limitada duración, sino que forman parte*

[35] MORENO GENÉ, J.: "La duración del contrato para obra o servicio determinados en las administraciones públicas: un viaje de ida y vuelta", *Reforma de las administraciones públicas y empleo público. Comunicaciones (en CD-Rom): XXXIII Jornadas andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015, pp. 284.

[36] STS, de 15 de septiembre de 2009 (EDJ 2009/245802).

del proceso productivo ordinario (Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 22/04/02 -Recurso de Casación para la unificación de doctrina 1431/01-; 04/10/07 -Recurso de Casación para la unificación de doctrina 1505/06-; 21/02/08 -Recurso de Casación para la unificación de doctrina 178/07-; y 21/07/08 -Recurso de Casación para la unificación de doctrina 2121/07-)"[37].

En este punto es importante el papel que juega la negociación colectiva, ya que en base al párrafo segundo del art. 2.1 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, establece que *"cuando el convenio colectivo que resulte de aplicación haya identificado los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con esta modalidad contractual, se estará a lo establecido en el mismo a efectos de su utilización".*

Si bien, tal y como indica la Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de octubre de 1999 (rec. 818/1999), se debe tener en cuenta por los agentes sociales que participan en la negociación colectiva que *"la determinación de los supuestos de la contratación temporal y sus requisitos, recogidos en los artículos 11 y 15 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475, constituyen un núcleo de derecho necesario indisponible para las partes, como ha tenido esta Sala ocasión de decir en muchas ocasiones y más recientemente en la sentencia de 7 de octubre de 1999. En todo caso, la mera consignación o enumeración de tales puestos de trabajo susceptibles de ser ocupados mediante contratación temporal para obra o servicio determinado, no resultaría vinculante, ni extraería del control jurisdiccional el examen de la adecuación del contrato con la actividad de que se trate".*

Por tanto, en relación con el PLIZD, aunque las entidades locales pactaran mediante la negociación colectiva que dicho programa goza de autonomía y sustantividad propia, si en el desarrollo del mismo no se cumple con lo establecido por la normativa laboral para la validez del contrato de obra o servicio determinado, no será válido concertar dicha modalidad contractual para ejecutarlo. En refuerzo de lo expuesto traer a colación lo afirmado por el Tribunal Supremo, en relación con que la posibilidad habilitada por la normativa laboral para que la negociación colectiva identifique qué actividades gozan de autonomía dentro de la actividad de la empresa, *"no ofrece a los negociadores unas facultades omnímodas, puesto que el Convenio Colectivo no es instrumento hábil para alterar los términos legales de la contratación para obra o servicio determinado, de forma que la determinación de los supuestos de la contratación temporal y sus requisitos (art. 15 ET EDL 1995/13475), constituyen un núcleo de derecho necesario indisponible para las partes, con la consecuencia de que la consignación o enumeración convencional de puestos de trabajo susceptibles de contratación temporal para obra o servicio determinado, no resulta vinculante ni obsta el control jurisdiccional sobre la adecuación del contrato a la legalidad (SSTS 07/10/99; y 26/10/99 EDJ 1999/32602)..."*[38].

Concluyendo este punto, "*la ingente cantidad de contratos temporales de la modalidad de obra/servicio permite constatar que la negociación colectiva no ha desempeñado el papel racionalizador y garantista que le correspondería (En palabras de J. CRUZ VILLALÓN, su actuación no ha sido satisfactoria, "... sino todo lo contrario" ("La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual", Derecho de las Relaciones Laborales, nº 3, 2016, p. 216). A su juicio, "el marco básico de la delimitación de la casualidad en la contratación temporal es cometido que le corresponde abordar a la norma estatal"))"*[39].

[37] DE CASTRO MEJUTO, L. F.: "Criterios jurisprudenciales sobre el contrato de obra o servicio determinado y su valoración", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2009, n.º 13, p. 4.

[38] STS, del 4 de octubre de 2007, (rec. 1505/2006).

[39] CORUJO, B. S.: "El uso indiscriminado del contrato de obra o servicio determinado como factor distorsionador del funcionamiento del mercado de trabajo español", *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y (...)*

b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta:

En línea con el anteriormente expuesto art. 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, tal y como indica Raquel Poquet Catalá, *"esta modalidad contractual se somete a un criterio temporal, pues la ejecución de la obra o la realización del servicio han de ser de duración determinada, es decir, se trata de una contratación temporal. De hecho, con anterioridad a la reforma de 2010 que estableció la duración máxima actual, la jurisprudencia venía señalando su carácter temporal al declarar que, aunque la ley no establezca límites de duración mínima ni máxima, se caracteriza por su duración determinada, pues estos extremos probablemente, o seguramente, serán desconocidos en el momento de la contratación"*[40].

c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto:

Obligación conectada con lo dispuesto en el art. 8.2 del Estatuto de los Trabajadores[41]y con el art. 6.1 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada[42].

En línea con lo expuesto, reproducir lo expuesto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (sede en Granada), de 9 de enero de 2020, nº 6/2020, *"la causa ha de explicitarse en el propio contrato para destruir la presunción a favor de la contratación indefinida. Por lo tanto, es indispensable que en el texto de los contratos escritos se expresen, con claridad y precisión, todos los datos aplicables que justifican la temporalidad".*

Como bien se indica, debe especificarse con claridad y precisión el objetivo del contrato, no siendo válidas aquellas obras o servicios expresadas de manera ambigua o poco clara. En esta línea también se pronuncia el TSJ Andalucía (sede en Sevilla), en su sentencia del 23 de julio de 2008 (nº 2685/2008, rec. 3740/2007), entendiendo que *"en ningún caso las cláusulas oscuras pueden favorecer a quien las establece, por lo que se imputa la oscuridad al empresario que es quien conoce la obra y destino de la actividad laboral contratada (STSJ Granada 3-4-01, AS 2876)".*

d) que, en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas":

Requisito que implica la "*efectiva dedicación a aquello para lo que ha sido contratado, supone que el trabajador no sea empleado para desarrollar otros servicios que aquéllos que han justificado el recurso a esta institución excepcional, pues estaríamos ante un fraude en la contratación"*[43].

Como conclusión de este punto, recordar que todos los requisitos expuestos deben concurrir conjuntamente, pues el Tribunal Supremo "*se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurran conjuntamente todos requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho"* [44], recordando también que

organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, 2018, Madrid, Cinca, p. 98.

[40] POQUET CATALÁ, R.: "De nuevo con el contrato de obra o servicio determinado y el fraude de ley", *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 6, n. º 2, p. 183.

[41] Art. 8.2 del Estatuto de los Trabajadores: *"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".*

[42] Art. 6.1 Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre: *"Los contratos para obra o servicio determinados y de interinidad deberán formalizarse siempre por escrito".*

[43] DE CASTRO MEJUTO, L. F.: "Criterios jurisprudenciales sobre el contrato de obra o servicio determinado y su valoración", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2009, n.º 13, p. 72.

[44] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2009 rec. 1627/2008.

"corroboran lo dicho, las de 21-9-93 (rec. 129/1993), 26-3-96 (rec. 2634/1995), 20-2-97 (rec. 2580/96), 21-2-97 (rec. 1400/96), 14-3-97 (rec. 1571/1996), 17-3-98 (rec. 2484/1997), 30-3-99 (rec. 2594/1998), 16-4-99 (rec. 2779/1998), 29-9-99 (rec. 4936/1998), 15-2-00 (rec. 2554/1999), 31-3-00 (rec. 2908/1999), 15-11-00 (rec. 663/2000), 18-9-01 (rec. 4007/2000)".

Una vez expuestos los requisitos de dicha modalidad contractual, procedemos a responder a la siguiente cuestión, ¿cumple la estrategia ERACIS y los correspondientes programas locales, elaborados por los ayuntamientos y diputaciones, para su ejecución con los requisitos expuestos para la contratación por obra o servicio determinado? Para abordar esta pregunta nos vamos a centrar en el plan elaborado por el Ayto. de Granada[45](aunque, como ya se ha dicho anteriormente, las conclusiones extraídas serán extensibles al resto de planes municipales ya que todos ellos deben respetar las actuaciones predefinidas por la ERACIS), a través del cual se hace un diagnóstico de las condiciones materiales de la ciudad y se *"pone el foco en la Granada más vulnerable con una propuesta concisa y muy trabajada para los siete barrios del Distrito Norte, así como para la zona de Santa Adela"*[46]. Para los lectores de este artículo que no conozcan la realidad granadina, señalar que dichos barrios arrastran desde hace décadas problemas económicos y acumulan altas tasas de pobreza.

Las zonas elegidas lo han sido tras realizar un diagnóstico basado en parámetros de su población como el empleo **(**dinámica del mercado laboral, oportunidades y obstáculos para la inserción de personas sin ocupación), vivienda (accesibilidad, barreras arquitectónicas), conexiones de las personas y transporte públicos de los barrios con el resto de la ciudad, participación en los órganos municipales, salud, economía, protección social, seguridad ciudadana, recursos, factores de exclusión, demandas de Servicios Sociales por tipologías, etc.

Una vez expuesto el diagnóstico, ¿cuáles son las medidas que se adoptan con el PLIZD de Granada para abordar la situación en dichas zonas y que justifican, desde el punto de vista de las administraciones empleadoras, una contratación temporal? Pues bien, el programa elaborado por la capital nazarí basándose en la ERACIS, aborda de forma separada las acciones a realizar en sus barrios considerados como desfavorecidos.

A continuación, se van a exponer algunas de las acciones a realizar por los trabajadores contratados mediante la modalidad por obra o servicio determinado, se van a comparar con las competencias propias de los Servicios Sociales comunitarios en base a lo expuesto en la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía[47] y se analizará si cumplen con el primer requisito de dicha modalidad contractual: ¿presentan dichas actuaciones autonomía y sustantividad propia, dentro de la actividad municipal?

Algunas de las acciones contempladas por el plan para las zonas desfavorecidas de Granada y su comparación con las funciones propias de los SSC. - En primer lugar, destacar el objetivo 2.13.00[48], marcado como obligatorio por el programa, de *"incrementar el número de profesionales en los centros de servicios sociales comunitarios"* mediante el "*refuerzo de la dotación de profesionales*" de dichos centros. El propio plan que sirve de base para proceder a la contratación por obra o servicio determinado reconoce que uno de sus objetivos obligatorios es el refuerzo de una competencia municipal, en base a lo establecido por el art. 27 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía [49].

[45] Acceso al documento completo a través del siguiente enlace: https://www.granada.org/obj.nsf/in/PKLKKJJ/$file/PLIZD-DEFINITIVO.pdf

[46] Página 4 del PLIZD elaborado por el Ayto. de Granada.

[47] Las competencias concretas de los servicios sociales comunitarios se encuentran reguladas en el art. 28 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía.

[48] Página 146 del PLIZD elaborado por el Ayto. de Granada.

[49] Art. 27.1 Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía: *"Los servicios sociales comunitarios, de titularidad y gestión pública, constituyen la estructura básica del nivel primario de servicios (...)*

Dicha tarea de refuerzo va en línea con la propia ERACIS (Estrategia Regional Andaluza para la Cohesión e Inclusión Social), en cuya página 8 expone que el objetivo es desarrollar los objetivos y principios de la Ley de Servicios Sociales de Andalucía. Se reproduce a continuación de manera literal:

"La ERACIS pone en marcha una nueva forma de intervención guiada por el enfoque integral y comunitario, desarrollando los objetivos y principios de la Ley de Servicios Sociales de Andalucía, confiando en el efecto transformador de la acción conjunta y la capacidad de intervención de un numeroso conjunto de personas cualificadas que van a actuar en las zonas desfavorecidas con esta orientación".

Como refuerzo del carácter estructural de los servicios sociales comunitarios, mencionar el caso de una Trabajadora Social (contratada mediante un contrato por obra o servicio por un ayuntamiento bajo el amparo de un plan de fomento del empleo) que prestó servicios encuadrada en dichos servicios de la entidad local empleadora, señalando la Sala de Granada del Tribunal Superior de Justicia que las funciones desempeñadas por la actora se deben *"calificar como estructurales y permanentes de la actividad que debe realizar el Ayuntamiento en el seno de sus Servicios Sociales, sin que se haya acreditado que gozaban de autonomía ni sustantividad propia"*[50].

Por tanto, basándonos en el hecho de utilizar un programa temporal para reforzar un servicio estructural, ya podríamos afirmar claramente el carácter fraudulento de dicho plan y la consecuente conversión de dichos contratos en indefinidos.

Continuando con la exposición de las medidas a llevar a cabo, también se deben realizar de manera obligatoria una serie actuaciones en materia de inserción laboral[51]:

"2.17.00 Desarrollar itinerarios de inclusión sociolaboral (Oblig); *2.17.01 Diseño, seguimiento y evaluación de los planes de inclusión Sociolaboral (Oblig)*; *2.17.01.2 Potenciar mecanismos de coordinación, espacio de formación y de intervención conjunta como por ejemplo el Protocolo de Coordinación Territorial del Seguimiento Familiar) Ayto. (Derechos Sociales, Empleo), Servicio Andaluz de Empleo (Andalucía Orienta), Empresariado, Cámara de Comercio, Entidades Sociales".*

La propia ERACIS contempla como objetivo prioritario el *"incrementar el nivel de vinculación de las prestaciones económicas de los servicios sociales con las políticas activas de empleo",* adoptando como medida para conseguirlo el *"acompañamiento a la población residente en zonas en su itinerario de inserción sociolaboral, especialmente a las personas titulares y beneficiarias de la Renta Mínima de Inserción en Andalucía"*[52].

Se puede comprobar que dichas actuaciones coinciden con los apartados 14[53] y 24[54] del art. 28 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, por lo que son competencias propias de los Servicios Sociales comunitarios que se venían desempeñando antes del PLIZD y se seguirán realizando cuando termine la ejecución de dicho plan.

---

sociales. La organización y gestión de estos servicios y sus centros corresponde a las entidades locales de cada territorio, de ámbito municipal o supramunicipal, en el marco de la planificación autonómica y en el ejercicio de las competencias propias en materia de servicios sociales que les atribuyen el Estatuto de Autonomía de Andalucía y la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía".

[50] STSJ de Andalucía (Granada), de 9 de enero de 2020, n.º 6/2020.

[51] Página 146 del PLIZD elaborado por el Ayto. de Granada.

[52] Página 92 documento ERACIS.

[53] Art. 28.14 Ley 9/2016, de 27 de diciembre: *"La coordinación con los servicios de empleo para lograr la inserción social y laboral de aquellas personas con dificultades de acceder o mantener un empleo, contribuyendo a la búsqueda de oportunidades de inserción."*

[54] Art. 28.24 Ley 9/2016, de 27 de diciembre: "*La promoción de medidas de inclusión social, laboral o educativa para su población de referencia."*

También se contempla en el plan una serie de actuaciones formativas[55] con el objetivo de "*mejorar la empleabilidad contemplando la adquisición de competencias técnicas, prácticas no laborales y competencias básicas y transversales*", teniendo en cuenta para ello, entre otras cosas, "*el número de acciones formativas realizadas SAE, Consejería de Empleo Área de Empleo, Área de Derechos Sociales y Accesibilidad, Entidades y Agentes Sociales".*

En consecuencia, nos encontramos ante una serie de acciones de carácter formativo que pueden incardinarse dentro de las competencias de inclusión sociolaboral, pero es que, además, tal y como indica el apartado 14 del art. 28 de la Ley 9/2016, las actuaciones en materia de formación (coordinándose con servicios de empleo como el Servicio Andaluz de Empleo) también son competencia propia de los Servicios Sociales comunitarios:

"14.ª La coordinación con los servicios de empleo para lograr la inserción social y laboral de aquellas personas con dificultades de acceder o mantener un empleo, contribuyendo a la búsqueda de oportunidades de inserción".

Mencionar también las actuaciones en materia de integración sociocultural[56], concretadas de la siguiente manera:

"2.16.00 Mejorar la adaptación de la intervención profesional a las personas y colectivos con características específicas como personas de etnia gitana o población inmigrante.2.16.01 Promover la incorporación de profesionales procedentes de colectivos con características específicas en los equipos técnicos. 2.16.01.01 Realización de procesos de selección teniendo en cuenta el conocimiento y la pertenencia étnica de los candidatos junto con su formación y experiencia. 2.16.01.01.01 Incorporar a profesionales los colectivos con características específicas a los equipos de trabajo…".

La propia ERACIS contempla como objetivo[57] *"mejorar las relaciones entre personas de diferentes orígenes a partir del conocimiento y reconocimiento de las diferentes identidades culturales",* proponiendo para ello la *"creación o incremento de espacios de intercambio intercultural"* y la *"realización de eventos culturales y actividades creativas con la participación de las y los vecinos en las mismas".*

Dichos objetivos de integración sociocultural son materia propia de los Servicios Sociales comunitarios, como indica el art. 28. 27 de la Ley 9/2016: *"El desarrollo de la mediación comunitaria e intercultural como método de resolución de conflictos y de promoción del empoderamiento ciudadano en la autogestión de sus conflictos".*

En materia de seguridad ciudadana, la ERACIS propone *"reforzar la vigilancia y control de delitos, así como conductas incívicas, procurando una continuidad en la vigilancia y actuaciones".* Para ello, contempla el *"control de espacios públicos y reforzamiento de la vigilancia y prevención de delitos y conductas incívicas; Colaboración de la red asociativa con las fuerzas de seguridad para la prevención de delitos y la promoción de acciones de seguridad ciudadana en la zona; Seguridad de apoyo en el desarrollo de la acción pública"*[58].

Pues bien, para el desarrollo de dichas líneas de actuación contempladas en la ERACIS, el PLIZD de Granada capital contiene las siguientes medidas:

"3.07.02. Colaboración de la red asociativa con las fuerzas de seguridad para la prevención de delitos y la promoción de acciones de seguridad ciudadana en la zona 3.07.02.01 Protocolo de actuación de las asociaciones en la prevención de delitos y la promoción de acciones

[55] Página 172 del PLIZD elaborado por el Ayto. de Granada.
[56] Página 150 del PLIZD elaborado por el Ayto. de Granada.
[57] Página 97 del documento de la ERACIS.
[58] Página 96 del documento de la ERACIS.

de seguridad ciudadana3.07.03.01.01. Mejorar la seguridad y la prevención de delitos y la promoción de la seguridad ciudadana…"[59].

Nos encontramos, reiterando lo dicho, ante una serie de actuaciones en materia de seguridad ciudadana que forman parte de las competencias de los servicios sociales comunitarios y que, desde mi punto de vista, no pueden justificar una contratación por obra o servicio determinado. En concreto, dicha competencia aparece regulada en el apartado 16 del art. 28 de la Ley 9/2016, que de manera literal establece lo siguiente:

"16.ª La coordinación con los servicios de justicia, fuerzas y cuerpos de seguridad y cualquier otro vinculado a los servicios públicos de la Administración autonómica para el diseño de paquetes de servicios integrados que den respuesta a las necesidades de atención social de la población de referencia".

Una vez expuesta, a modo de ejemplo, esta serie de actuaciones contempladas en el programa coincidentes con competencias propias de los servicios analizados, hay que añadir que la práctica de las Administraciones Públicas competentes de recurrir a programas temporales subvencionados para abordar las problemáticas de zonas deprimidas no es nueva, habiendo existido programas anteriores, con objetivos muy similares a la ERACIS y los correspondientes programas locales.

La propia ERACIS reconoce en su apartado 5.1 (antecedentes de las políticas públicas en zonas deprimidas) que *"la intervención de la Junta de Andalucía en las áreas de los municipios andaluces que sufren graves problemas de pobreza y exclusión social comenzó a mediados de la década de los ochenta del siglo XX…"*[60]. En estas décadas se han desarrollado numerosos planes similares al plan objeto del presente artículo, pudiendo mencionar el Plan de Barriadas de Actuación Preferente o el Plan de Zonas con Necesidades de Transformación Social, que al igual que el PLIZD, ya contemplaban como conceptos subvencionables *"acciones de promoción e inserción socio laboral; acciones de intervención socio familiar; acciones de impulso de la participación social, fomento del asociacionismo y el voluntariado; acciones de sensibilización social; y acciones de integración social de colectivos con especiales necesidades"*[61].

Como consecuencia de la repetición en el tiempo de estas prácticas, nuestros jueces y tribunales han podido estudiar numerosas reclamaciones de trabajadores contratados al amparo de estos recurrentes planes, existiendo pronunciamientos que ya han declarado que las actuaciones contempladas no gozan de autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la administración empleadora.

Ejemplo de ello, podemos mencionar el pronunciamiento del TSJ de Andalucía (Sevilla) respecto a la naturaleza de las actividades del llamado "Plan de Desarrollo Local de Zonas Vulnerables (PDLZV)", indicando que *"constituye una tarea permanente y estable de la Diputación Provincial…como administración directamente implicada y participe de la planificación autonómica en materia de servicios sociales, asignándole de forma expresa un paquete de competencias… Por ello, es evidente que la actividad es una competencia permanente asumida por la Diputación provincial... tan es así que la propia Diputación Provincial tiene adscrito un equipo completo de trabajo al propio Plan, de forma permanente, hasta el punto de que consta el nombramiento funcionario interino en el plazo vacante, y por tanto estructural, de una Mediadora del plan que hace las veces de coordinador"*[62].

En relación con el segundo requisito de los contratos por obra o servicio determinado, que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta**,** tampoco se cumple

[59] Página 159 del documento PLIZD Ayto. de Granada.
[60] Página 37 del documento de la ERACIS.
[61] Página 39 del documento de la ERACIS.
[62] STSJ Andalucía (Sevilla) (Social), sec. 1ª, S 15-12-2016, n.º 3449/2016, rec. 74/2016.

pues el programa tiene una extensión clara en el tiempo, correspondiéndose con lo que dure la subvención que financia la ejecución del mismo. En este sentido indicar que *"los recursos financieros específicos de esta Estrategia proceden …, del proyecto denominado "Diseño y ejecución de Estrategias Locales de Empleabilidad e Inserción Social de las personas en situación o riesgo de Exclusión Social", que responde a la finalidad del Objetivo … "Mejorar la Inserción socio-laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, a través de la activación de itinerarios integrados y personalizados de inserción"*[63].

Añadir, en relación con la subvención como causa justificante de un contrato por obra o servicio determinado**,** *"si bien es cierto que, en un primer estadio, los Tribunales admitieron la legalidad de una relación temporal estructural de obra o servicios vinculada a una financiación pública (SSTS 10 diciembre 1999, rec. 415/1999; y 28 de diciembre 1998, rec. 1515/1998; 2 de junio 2000, rec. 2645/1999; 30 de abril 2001, rec. 4149/2000). Posteriormente - tras la promulgación de la Ley 12/2001 - se ha matizado restringiéndolo"*[64].

En concreto, en el año 2009, nuestro Tribunal Supremo publicó una sentencia en la que sintetizó distintos pronunciamientos propios en relación a las subvenciones y la validez de las obras o servicios, matizando así el criterio que había mantenido con anterioridad. Se exponen a continuación dichas matizaciones:

Por un lado*, "la sentencia de 22 de marzo de 2002 (Recurso 1701/01) aclara que esta Sala no ha elevado, en ningún caso, la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal, precisando que del carácter anual del plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian".*

Por otro lado, la *"Sentencia de esta Sala de 25 de noviembre de 2002 (Recurso 1038/02) EDJ 2002/61281 que, a propósito de la vinculación de la duración del contrato con la de una subvención, señala (F. J. 2º) que en todo caso, de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio EDL 2001/23492, que ha introducido un nuevo apartado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475, que autoriza la extinción del contrato por causas objetivas"*[65].

Por tanto, las administraciones locales empleadoras no podrían ampararse en la subvención recibida por la Junta de Andalucía para justificar los contratos de obra o servicio determinado suscritos con los trabajadores del PLIZD.

Finalizando el análisis sobre el cumplimiento de los requisitos del contrato por obra o servicio determinado, en relación con la obligación de que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto**,** dependerá de cada administración empleadora. No obstante, la falta de autonomía y sustantividad propia imposibilita que en el contrato aparezca una identificación clara y precisa de una obra en concreto, tal y como indica la Sala de Sevilla "*la falta manifiesta de sustantividad y autonomía del trabajo, al tratarse de una actividad genérica y sin posible concreción por el carácter normal o habitual de la actividad. La Sentencia recurrida expresamente subraya que "el objeto es totalmente genérico y que responde al área de servicios sociales propia de las instituciones públicas, y en este caso locales. En*

[63] Página 8 del documento de la ERACIS.

[64] BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Contrato temporal de obra y servicio vinculado a subvención pública*, UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES, 2018. https://ignasibeltran.com/2018/01/29/contrato-temporal-de-obra-y-servicio-vinculado-a-subvencion-publica/

[65] STS (Social), sec. 1ª, del 21-01-2009, rec. 1627/2008.

consecuencia, la naturaleza de la actividad de la demandante es claramente normal y permanente y no va destinada a la realización y finalización de -una tarea concreta y determinada"[66].

¿Cómo afectará 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 a la configuración de dichos programas, en relación con los empleados laborales que los desarrollan? Los trabajadores laborales que actualmente vienen ejecutando el programa, en el caso de no reclamar el fraude de su contrato por obra o servicio, no se verían afectados por la reciente reforma laboral al establecer la misma, en su disposición transitoria tercera, el siguiente régimen aplicable a los contratos de duración determinada celebrados antes del 31 de diciembre de 2021: *"Los contratos para obra y servicio determinado basados en lo previsto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción vigente antes de la entrada en vigor del apartado tres del artículo primero, celebrados antes del 31 de diciembre de 2021…, resultarán aplicables hasta su duración máxima, en los términos recogidos en los citados preceptos".*

Cuestión distinta es la configuración de los próximos programas (que los habrá ya que, como hemos visto, los programas no tienen un carácter temporal real, repitiéndose su ejecución desde los años ochenta con distintos nombres) teniendo en cuenta que desaparece la modalidad de contratación por obra o servicio determinado, y que *"solo existirá un contrato de duración determinada, que podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de la persona trabajadora"*[67]. Desde mi punto de vista, la ejecución de nuevos programas como el expuesto, resulta de difícil encaje dentro del nuevo contrato de duración determinada, más teniendo en cuenta que la duración máxima que *"cuando el contrato de duración determinada obedezca a estas circunstancias de la producción, su duración no podrá ser superior a seis meses. Por convenio colectivo de ámbito sectorial se podrá ampliar la duración máxima del contrato hasta un año"*[68]. Además, hay que tener en cuenta que en la nueva configuración del contrato eventual *"se formulan con mayor precisión las causas que permitirán la utilización de esta modalidad contractual, en circunstancias imprevistas y tanto ocasional cómo de aquellas que aun cuando se trate de la actividad normal de la empresa generan un desajuste temporal entre el empleo estable del que ya dispone las empresas y aquel que necesita para cubrir esa necesidad, restringiendo claramente su ámbito de actuación a supuestos en los que no sea posible, por concurrir los requisitos para ello, acudir a la figura del trabajo fijo discontinuo"*[69].

Previsiblemente, la reforma supondrá el fin de las contrataciones laborales para ejecutar este tipo de programas subvencionados mediante los que se desarrollan funciones propias de las Administraciones públicas (lo que no quiere decir que terminen dichas prácticas, pues en mi opinión se recurrirá a la modalidad funcionarial de interinidad para ejecución de programas, que analizaremos a continuación), más teniendo en cuenta las importantes consecuencias que pueden derivar, en el caso de que el trabajador demande por fraude en la contratación y su petición sea estimada, de la declaración de abuso. En efecto, el nuevo art. 15.4 del Estatuto de los Trabajadores dispone que *"las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas".* Compartiendo opinión con Ignasi Beltrán, que en dicho artículo se utilice el término de fijeza *"puede ser muy relevante. Especialmente cuando ya sabemos que en el marco del*

[66] STSJ Andalucía (Sevilla) (Social), sec. 1ª, S 15-12-2016, nº 3449/2016, rec. 74/2016.

[67] MITES: *Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones - Gabinete de comunicación - Ministro* - [Comunicado de prensa], 2021. https://prensa.inclusion.gob.es/WebPrensaInclusion/noticias/ministro/detalle/4179

[68] Art. 15.2 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de finales de 2021.

[69] ROJO TORRECILLA, E.: *Estudio de la reforma laboral de 2021. RDL 32/2021 de 28.12 (Recopilación),* EL NUEVO Y CAMBIANTE MUNDO DEL TRABAJO. UNA MIRADA ABIERTA Y CRÍTICA A LAS NUEVAS REALIDADES LABORALES, 2022. http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_13.html.

sector público, no es lo mismo ser «fijo», «indefinido» o «indefinido no fijo»"[70]. Con el paso del tiempo, iremos viendo cual es la interpretación efectuada por nuestros tribunales de la nueva reforma laboral en relación con las consecuencias del fraude en la contratación cometido en el seno de las Administraciones públicas.

Lo expuesto entiendo que no es incompatible con el contenido de la Disposición adicional quinta del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, que establece que *"se podrán suscribir contratos de duración determinada por parte de las entidades que integran el sector público… que resulten necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea".* De nuevo nos encontramos con el matiz del carácter temporal, sin que una subvención (sea europea, española o autonómica) presuponga la temporalidad de unas funciones desarrolladas a través de un plan, debiendo analizarse la naturaleza estructural o no de las labores concretas desarrolladas.

3.1.2. Empleados funcionarios interinos para ejecución de programas temporales

Como se ha indicado con anterioridad, los empleados también pueden ser contratados mediante la modalidad de interinidad para la ejecución de programa temporal (vínculo funcionarial), la cual se encuentra regulada en el art. 10.1.c) del Estatuto Básico del Empleado Público:

"1. Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

c) La 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".

La redacción de dicho artículo no ha sido modificada por la recientemente aprobada Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, por lo que el impacto de dicha ley en la ejecución de dichos programas no va a suponer un cambio radical.

Como indica el TSJ de Galicia, *"la redacción del artículo 10.1 del EBEP, unida a la modificación que tuvo lugar en el año 2014, ponen de manifiesto que la nueva causa de interinidad recogida en el apartado c) del precepto, busca un objetivo muy claro: ejecutar programas de carácter temporal que correspondan a necesidades no permanentes, que se adapten a los objetivos del programa…En cuanto a la nota de temporalidad, estos programas deben tener una temporalidad predefinida, como ya advertía la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, en cuyo informe se recogen dos sugerencias al respecto: que estos programas deben de tener una duración determinada a priori, y que debe quedar prohibido el nombramiento de interinos para programas que se prorroguen o que reiteren otros inmediatamente anteriores de similar contenido*[71]*, pues en este último caso lo que procede es una planificación que conduzca al nombramiento de personal fijo"*[72].

Interesante también la STSJ de Castilla la Mancha, del 30/01/2020, n.º de rc. 60/2019, en la que se afirma que *"los ayuntamientos deben consignar anualmente en sus presupuestos las partidas necesarias para cubrir los gastos que se deriven de los Servicios Sociales… En consecuencia, sobra*

[70] BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Régimen normativo de la Contratación Temporal (antes y después del RDLey 32/2021) y el nuevo Contrato Fijo-Discontinuo*, UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES, 2022. https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#32113.

[71] Como hemos visto anteriormente, la propia ERACIS reconoce que la intervención en zonas desfavorecidas a través de programas temporales supone una práctica que lleva reiterándose en Andalucía desde los años 80, mediante programas similares con denominaciones diferentes.

[72] STSJ Galicia (Sala de lo Contencioso), del 1 de febrero de 2017, nº 49/2017.

la alusión a la ejecución de programas, que no son sino formalización por escrito de una subvención que presta la Comunidad Autónoma…".

Por tanto, la clave de una interinidad para ejecutar programas temporales es que, a través de dicha modalidad contractual, solo se pueden desarrollar funciones que no tengan vocación de permanencia en el tiempo de la Administración empleadora. Así se indicó en el informe que elaboró en el año 2005 la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, precisando que *"el nombramiento de interinos se ha utilizado también para el desempeño de funciones reservadas a funcionarios, cuando resulta necesario para el desarrollo de programas temporales que respondan a necesidades no permanentes de la Administración*"[73].

Precisar también que, en desarrollo de dicho artículo, se han dictado leyes de Función Pública en las que se ha regulado con claridad que, mediante la ejecución de un programa temporal solo se pueden desarrollar funciones coyunturales y no permanentes. Como ejemplo, podemos mencionar el Art. 23.c) de Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia: *"La ejecución de programas de carácter temporal y de duración determinada que no respondan a necesidades permanentes de la Administración..."* Mencionar también el art. 13.3 del anteproyecto de la Ley de Función Pública de Andalucía, que establece que *"en los supuestos de nombramiento de personal funcionario interino por ejecución de programas de carácter temporal… este personal desempeñará puestos de naturaleza coyuntural no incluidos en la relación de puestos de trabajo, siendo suficiente para ello su cobertura presupuestaria...".*

Centrándonos de nuevo en el PLIZD y la ERACIS, tal y como hemos visto anteriormente (y a ello hacemos referencia para evitar reiteraciones), se están cubriendo competencias estructurales que nada tienen de temporales ni coyunturales, pues una vez termine el programa y se extingan los vínculos con los empleados contratados, dichas actuaciones seguirán desarrollándose por el personal de estructura los servicios sociales comunitarios. Por tanto, "*si trasladamos lo anterior a nuestros Ayuntamientos, podemos retomar los ejemplos antes propuestos y estar ante nombramientos interinos sin cargo a plazas vacantes, esto es, por proyectos o programas, que realmente encubran la prestación de servicios estructurales. Está claro que, si realmente se trata de ejecutar un programa aislado, con sustantividad propia, diferente del tráfico habitual de la Administración, la interinidad durará lo que dure el programa (con el límite de 3 años); pero está claro también que debemos llamar a las cosas por su nombre y no por el que nos convenga haciendo un uso/abuso de la literalidad de la norma, pues ésta sirve para la atención de necesidades temporales reales"*[74].

Tras el análisis expuesto, resulta evidente que las actuaciones llevadas a través de los PLIZD y la ERACIS deberían desempeñarlas funcionarios de carrera (o, en su caso, interinos por vacante hasta que se convoquen los correspondientes procesos selectivos), lo que implicaría una modificación en la forma de financiación de las administraciones locales, pues en vez de depender de subvenciones temporales deberían crearse sistemas de financiación continua que permitan a dichas empleadoras mantener unos vínculos estables con sus trabajadores.

4. BALANCES Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES

Tal y como afirman José Luis Monereo Pérez y Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, *"no hay nadie que pueda negar el exceso de temporalidad que impera en nuestro mercado laboral. Igualmente, no hay nadie que pueda ser ajeno al caos y desorden existente desde que se plasmara*

[73] *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2005, p. 57.

[74] BARRACHINA ANDRÉS, A. M.: *Conclusiones de la Abogada General del TJUE sobre la fijeza de interinos: repercusiones en el empleo público local,* El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, 2019.

la interpretación jurisprudencial del TJUE en la sentencia del asunto De Diego Porras, junto a los otros dos fallos que le complementaron: Martínez Andrés y Pérez López"[75].

A modo de conclusión de este artículo, parece claro que la lucha contra la temporalidad no solo debe centrarse en evitar duraciones inusualmente largas de contratos no estables, sino que también debe ponerse el foco en el tipo de prácticas (descritas a lo largo del presente artículo) mediante las cuales se recurre a vínculos temporales para cubrir funciones estructurales que devienen fraudulentas desde el mismo momento que se firman. Porque tal y como se indica en la Directiva 99/70, *"los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento"*[76], y es mediante contratación estable como se debe dar los servicios que son competencia propia de las administraciones públicas.

En mi opinión, dichas prácticas constituyen un fraude en la contratación pues las competencias estructurales de un servicio deben desarrollarse a través de contratación estable y no depender de subvenciones temporales. Y esto es extensible tanto a las relaciones funcionariales como a las laborales, pues tal y como indica Faustino Cavas, en ambos ámbitos *"la regla general consagrada a nivel normativo es la estabilidad o fijeza de la relación de empleo público, de modo que solo por justificadas y excepcionales razones se permite a las Administraciones y entidades públicas reclutar personal temporal"*[77].

Centrándonos en el ámbito concreto de los Servicios Sociales, *"la Constitución Española establece la garantía de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos y la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. A través del artículo 148.1.20 atribuye la competencia exclusiva en esta materia de servicios sociales a las Comunidades Autónomas, cuyos Estatutos de Autonomía constituyen el marco jurídico que garantiza los derechos de los ciudadanos en los ámbitos correspondientes"*[78].

Hilando con el párrafo anterior, puede afirmarse que los vicios expuestos (en relación con la contratación temporal en el ámbito de los mencionados servicios para desarrollar la ERACIS) tienen parte de su origen en la forma de financiación de las administraciones locales, a las cuales legalmente se les reconoce una serie de competencias que deben ofrecer a la ciudadanía de manera estable y, sin embargo, la financiación de dichos servicios se realiza mediante subvenciones temporales con dinero procedente de administraciones territorialmente superiores (mencionar, sin profundizar en el sistema de financiación, a la Junta de Andalucía, al Gobierno central y al Fondo Social Europeo).

La consecuencia de la inestabilidad de dicho mecanismo de financiación es palpable, pues los interventores de las administraciones locales no autorizan la firma de contrataciones cuya duración sea superior a la de la fuente de financiación, generándose fricciones entre los principios del derecho laboral (y administrativo) con los de la estabilidad económica.

Por tanto, y siendo tan de actualidad la modificación de las reglas de contratación temporal reflejadas en el EBEP y el ET, debería nuestro poder legislativo estudiar el sistema de financiación de las distintas administraciones públicas, garantizando una financiación estable para aquellas competencias atribuidas a las mismas. Lo afirmado es especialmente sensible en el ámbito de los

[75] 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*, n.º 61, 2018.

[76] Consideración General 6º de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada

[77] CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El empleo temporal irregular en el sector público", *Anales de Derecho*, vol. 35, n.º 2, 2017, p.3

[78] DE LA HOZ, A. U.: "La financiación de los servicios sociales en las Comunidades autónomas*", Revista de Estudios regionales*, n.º 78, 2007, p. 135.

Servicios Sociales si tenemos en cuenta la profunda crisis generada por la pandemia del COVID-19, la cual ha aumentado de manera exponencial los usuarios que hacen uso de los mismos y que ha llevado al gobierno central a aumentar la partida económica destinada para su financiación[79]. Ahora, la meta debería fijarse en generar un sistema estable de financiación que permita a las administraciones locales asumir la demanda de servicios sin necesidad de recurrir a empleo precario.

El objetivo de evitar el abuso en la temporalidad no es baladí, ya que no deben olvidarse los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ponen en cuestión todo el sistema de contratación temporal pública en España, planteándose incluso el reconocimiento de responsabilidad patrimonial personal de aquellos gestores que permitan el abuso en la temporalidad, a lo que hay que añadir que "*no debieran existir diferencias de trato en las condiciones de trabajo - donde entran, además de las indemnizaciones por fin de la relación laboral como bien ha indicado el TJUE (Caso Montero Mateos, asunto C-574/16 y caso Grupo Norte Facility, S.A., asunto C-574/16), las consecuencias jurídicas de la readmisión o no del trabajador despedido de manera ilícita- por el hecho de que el trabajador se encuentre sometido a una u otra modalidad contractual"*[80].

Sólo quedar esperar que la exigencia, por parte de la normativa comunitaria, de una sanción al fraude en la contratación que sea proporcional, efectiva y disuasoria (que tras la reforma laboral de finales de 2021, acometida mediante el Real Decreto-Ley 32/2021 de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y transformación del mercado de trabajo, que puede conllevar la fijeza de las relaciones laborales temporales en abuso, además de los cambios introducidos en el EBEP a raíz de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público[81]) ponga coto a estas prácticas y limite, de una vez por todas, el empleo precario público en España, lo que debe pasar irremediablemente por un cambio en el sistema de financiación de los servicios públicos que se prestan en nuestro país.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARADAS, A.: "Resumen de la reforma laboral 2021 - RDL 32/2021*", Cuestiones Laborales*, 2022. https://www.cuestioneslaborales.es/resumen-de-la-reforma-laboral-2021-rdl-32-2021/#temporales.

BALLESTER LAGUNA, F.: "¿Ha hecho lo suficiente la legislación española para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo temporales en el ámbito de la investigación?: La Directiva 1999/70/CE", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n.º 4, 2015.

BARRACHINA ANDRÉS, A. M.: *Conclusiones de la Abogada General del TJUE sobre la fijeza de interinos: repercusiones en el empleo público local,* El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, 2019.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Contrato temporal de obra y servicio vinculado a subvención pública*, UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES, 2018. https://ignasibeltran.com/2018/01/29/contrato-temporal-de-obra-y-servicio-vinculado-a-subvencion-publica/

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Régimen normativo de la contratación temporal (breves notas)*, UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES, 2021. https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#_ftnref1

[79] Véase RIVEIRO, A.: *El Gobierno duplica con 100 millones los fondos para reforzar los servicios sociales municipales*, ElDiario.es, 2021. https://www.eldiario.es/politica/gobierno-duplica-100-millones-fondos-reforzar-servicios-sociales-municipales_1_8085267.html

[80] MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO P. G.: "Sobre la diferencia de trato entre trabajadores fijos y no fijos de la Administración pública: a propósito del Acuerdo Marco y de la reciente jurisprudencia del TJUE (y propuesta de readmisión" in natura")", *Revista de derecho social*, n. º 84, 2018, p. 216.

[81] Véase el Real Decreto-Ley 14/2021 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público y el análisis del mismo elaborado por ROJO TORRECILLA, E.: *SIGUE (Y SEGUIRÁ) el debate jurídico y social, sobre el empleo público y el personal interino (funcionarial y laboral). Algunos apuntes a propósito del RDL 14/2021 y de recientes autos del TS (C-A),* EL BLOG DE EDUARDO ROJO, 2021. http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/07/sigue-y-seguira-el-debate-juridico-y.html.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Los interinos por vacante se convierten en indefinidos no fijos si superan un plazo de 3 años: comentario de urgencia a la STS\Pleno 28/6/21*, UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES, 2021 https://ignasibeltran.com/2021/06/29/los-interinos-por-vacante-se-convierten-en-indefinidos-no-fijos-si-superan-un-plazo-de-3-anos-comentario-de-urgencia-a-la-stspleno-28-6-21/

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Régimen normativo de la Contratación Temporal (antes y después del RDLey 32/2021) y el nuevo Contrato Fijo-Discontinuo*, UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES, 2022. https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#32113.

BLOG DE APISCAM: *Resolución del Parlamento Europeo tras las peticiones recibidas en la Unión Europea sobre el abuso de la temporalidad tanto en la empresa como en el empleo público: la conversión a fijo es adecuada y pide que se incluya en la normativa nacional como medida ante abuso de temporalidad, sin perjuicio de sanción e indemnización adicional, condenando el despido por este fraude de ley*, 2018. http://apiscam.blogspot.com/2018/06/propuesta-de-resolucion-del-parlamento.html

CALZADA GUTIÉRREZ, I., MURIEL SAIZ, M., PÁEZ IZQUIERDO, V., CARO BLANCO, F., GÓMEZ GARRIDO, M., MARÍA MESTRE, J., ALKORTA ELORZA, E., FOUASSIER, M., RUÍZ CIARRETA, I., GUTIÉRREZ SASTRE, M., BECERRIL, I., ALMAGUER-KALIXTO, P., GÓMEZ QUINTERO, J. D., y HERNÁNDEZ CORDERO, A. L.: *Los servicios sociales ante la pandemia: sin esperanza, con convencimiento. Monitor de Impacto de la COVID-19 sobre los Servicios Sociales,* Instituto Nacional de Administración Pública, 2021. https://www.inap.es/documents/84257/0/INFORME+MONITOR+DE+IMPACTO-

CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El empleo temporal irregular en el sector público", *Anales de Derecho*, vol. 35, n.º 2, 2017.

CEF LABORAL SOCIAL: *COVID-19. Medidas excepcionales para el personal del sector de servicios sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia relacionadas con la prestación de servicios y la contratación*, 2020, Laboral-social.com. https://www.laboral-social.com/COVID-19-medidas-personal-sector-servicios-sociales-obligacion-prestacion-movilidad-funcional-cambio-centro-contratacion-sin-titulacion-reincorporacion-liberados-sindicales.html

CORUJO, B. S.: "El uso indiscriminado del contrato de obra o servicio determinado como factor distorsionador del funcionamiento del mercado de trabajo español", *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, 2018, Madrid, Cinca.*

DE CASTRO MEJUTO, L. F.: "Criterios jurisprudenciales sobre el contrato de obra o servicio determinado y su valoración", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2009, n.º 13.

DE LA HOZ, A. U.: "La financiación de los servicios sociales en las Comunidades autónomas*", Revista de Estudios regionales*, n.º 78, 2007.

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ: I*nforme sobre la situación de los servicios sociales comunitarios en Andalucía*, 2005.

DÍAZ BERMEJO, A., RODRÍGUEZ-SUÁREZ, I., ÁLVAREZ-DEL VALLE, L., CÓRDOBA-HERNÁNDEZ, R., SÁNCHEZ-TOSCANO, G., y HERNÁNDEZ-AJA, A.: *La Estrategia Regional Andaluza para la Cohesión e Inclusión Social. Intervención en Zonas Desfavorecidas (ERACIS)*, 2021.

DUEÑAS, J. L.: *El abuso de la temporalidad: el lastre del sector público en España*. RTVE.es, 2021. https://www.rtve.es/noticias/20210429/abuso-temporalidad-lastre-sector-publico-espana/2087672.shtml

EL INDEPENDIENTE: *España fue el país con más empleados temporales de la UE en 2020*, 2021. https://www.elindependiente.com/economia/2021/05/26/espana-fue-el-pais-con-mas-empleados-temporales-de-la-ue-en-2020/

FERNÁNDEZ-GUTIÉRREZ, M. y DÍAZ-FUENTES, D.: "Empleo Público y Temporalidad: ¿Es El Sector Público Parte Del Problema? (Public Employment and Temporary Employment: Is the Public Sector Part of the Problem?)", *Temas Laborales*, n. º 102, 2009.

Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 2005.

MITES: *Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones - Gabinete de comunicación - Ministro* - [Comunicado de prensa], 2021. https://prensa.inclusion.gob.es/WebPrensaInclusion/noticias/ministro/detalle/4179

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*, n.º 61, 2018.

MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO P. G.: "Sobre la diferencia de trato entre trabajadores fijos y no fijos de la Administración pública: a propósito del Acuerdo Marco y de la reciente jurisprudencia del TJUE (y propuesta de readmisión" in natura")", *Revista de derecho social*, n. º 84, 2018.

MONTOYA MELGAR, A. M.: "La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. º 33, 2001.

MORENO GENÉ, J.: "La duración del contrato para obra o servicio determinados en las administraciones públicas: un viaje de ida y vuelta", *Reforma de las administraciones públicas y empleo público. Comunicaciones (en CD-Rom): XXXIII Jornadas andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015.

OCAÑA ESCOLAR, L.: "La doctrina del TJUE sobre la Directiva 1999/70 y el colectivo de empleados públicos", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. º 118, 2013.

PÉREZ, B.: "Bruselas pone bajo vigilancia el acuerdo del Gobierno para estabilizar interinos", *La Información*, 2021. https://www.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/bruselas-pone-bajo-vigilancia-acuerdo-gobierno-estabilizar-interinos/2847821/?autoref=true

POQUET CATALÁ, R.: "De nuevo con el contrato de obra o servicio determinado y el fraude de ley", *Lex Social: Revista de Derechos Sociales, vol. 6, n. º 2.*

REY, J. P.: "Por una reformulación de nuestro modelo de contratación temporal: reflexiones sobre las consecuencias de la sentencia Porras en nuestro ordenamiento y la eficacia de la Directiva 99/70", *Revista de derecho social*, n.º 76, 2016.

RIVEIRO, A.: *El Gobierno duplica con 100 millones los fondos para reforzar los servicios sociales municipales*, ElDiario.es, 2021. https://www.eldiario.es/politica/gobierno-duplica-100-millones-fondos-reforzar-servicios-sociales-municipales_1_8085267.html

ROJO TORRECILLA, E.: *Empleo público. ¿Cuándo será injustificadamente larga una contratación de interinidad? Notas a la importante sentencia del TS de 5 de diciembre de 2019, con un voto particular discrepante,* EL BLOG DE EDUARDO ROJO, 2020. http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/01/empleo-publico-cuando-sera.html

ROJO TORRECILLA, E.: *La saga "personal interino laboral". Modificación de la jurisprudencia del TS (y a la espera de la anunciada reforma del EBEP). Análisis de la sentencia de 28 de junio de 2021,* EL BLOG DE EDUARDO ROJO, 2021. http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/07/la-saga-personal-interino-laboral.html

ROJO TORRECILLA, E.: *SIGUE (Y SEGUIRÁ) el debate jurídico y social, sobre el empleo público y el personal interino (funcionarial y laboral). Algunos apuntes a propósito del RDL 14/2021 y de recientes autos del TS (C-A),* EL BLOG DE EDUARDO ROJO, 2021. http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/07/sigue-y-seguira-el-debate-juridico-y.html.

ROJO TORRECILLA, E.: *Estudio de la reforma laboral de 2021. RDL 32/2021 de 28.12 (Recopilación),* EL NUEVO Y CAMBIANTE MUNDO DEL TRABAJO. UNA MIRADA ABIERTA Y CRÍTICA A LAS NUEVAS REALIDADES LABORALES, 2022. http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_13.html.

SEMPERE NAVARRO, A.: *Las reformas laborales de diciembre 2021*, Lefebvre, 2022.

6. JURISPRUDENCIA

STJUE del 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y C-429/18).

STJUE del 3 de junio de 2021 (C-726/19).

STS (Pleno), del 28/06/2021, rec. 3263/2019.

STS (Sala de lo Social), de 15 de septiembre de 2009, (EDJ 2009/245802).

STS (Sala de lo Social), del 4 de octubre de 2007 rec. 1505/2006.

STS (Sala de lo Social), de 21 de enero de 2009, rec. 1627/2008.

STSJ de Andalucía (Granada)(Social), de 9 de enero de 2020, nº 6/2020.

STSJ de Andalucía (Granada)(Social), del 3 de octubre de 2019, nº 2198/19.

STSJ Andalucía (Sevilla) (Social), sec. 1ª, S 15-12-2016, nº 3449/2016.

STSJ de Castilla la Mancha, del 30/01/2020, nº 60/2019.

STSJ Galicia (Sala de lo Contencioso), del 1 de febrero de 2017, nº 49/2017.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

nº 3 (2º Trimestre 2022)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

¿Qué tiene que ver la noche con el sueño? Sobre las posibles diferencias de trato entre el sector público y el privado en la regulación del trabajo nocturno. Nota a la sentencia VB v Glavna Direktsia 'Pozharna bezopasnost I zaschtita na naselenieto' kam Ministerstvo na vatreshnite raboti

What does night have to do with sleep? Regarding possible differences in treatment between the public and private sector in the regulation of night work. Note to ruling VB v Glavna Direktsia 'Pozharna bezopasnost I zaschtita na naselenieto' kam Ministerstvo na vatreshnite raboti

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO *Profesor Titular. Universidad de Santiago de Compostela*
https://orcid.org/0000-0001-8518-1469

Cita sugerida: MIRANDA BOTO, J. M. "¿Qué tiene que ver la noche con el sueño? Sobre las posibles diferencias de trato entre el sector público y el privado en la regulación del trabajo nocturno. Nota a la sentencia VB v Glavna Direktsia 'Pozharna bezopasnost I zaschtita na naselenieto' kam Ministerstvo na vatreshnite raboti". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 3 (2022):* 133-138.

Resumen

En el caso estudiado, se plantea en principio la posibilidad de que el tratamiento del trabajo nocturno de los bomberos en Bulgaria siga un régimen distinto del establecido en el Código de Trabajo general. La transcendencia real de la cuestión es si cabe realizar transposiciones distintas de una misma directiva para el sector público y el sector privado. El Tribunal de Justicia no descarta esta posibilidad, si bien la somete a la concurrencia de razones justificadas y objetivas. En el caso concreto del trabajo nocturno, debe existir siempre alguna compensación de las especiales condiciones de este.

Palabras clave

Trabajo nocturno; directiva 2003/88/CE; transposición; justificaciones razonables y objetivas

Abstract

In the case under consideration, the possibility arises in principle that the treatment of night work for firefighters in Bulgaria may follow a different regime from that laid down in the General Labour Code. The real significance of the question is whether different transpositions of the same directive can be made for the public and private sectors. The Court of Justice does not rule out this possibility, although it submits it to the concurrence of justified and objective reasons. In the specific case of night work, there must always be some compensation for its particular conditions.

Keywords

Night work; Directive 2003/88/EC; transposition; reasonable and objective justifications

1. BOMBEROS Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Los bomberos tienen una extraña prominencia en el repertorio jurisprudencial de la Unión Europea, con una presencia mucho más acusada que otras profesiones. Sus problemas laborales han suscitado ante el Tribunal de Justicia cuestiones de gran interés con implicaciones mucho más amplias que la circunstancia concreta.

Fecha Recepción: 30/4/2022 - Fecha Revisión: 11/5/2022 - Fecha Aceptación: 11/5/2022
Pags. 133-138

Así, en el caso *Wolf*[1], se estudió la compatibilidad con la Directiva 2000/78/CE de una regulación que fijaba en 30 años la edad máxima para la contratación de bomberos en el servicio técnico. El Tribunal consideró que la diferencia de trato en función de la edad estaba justificada por esta finalidad, que constituía un objetivo legítimo. El hecho de disponer de una capacidad física particularmente importante puede considerarse una exigencia profesional esencial y determinante para el ejercicio de la profesión de bombero del servicio técnico. La necesidad de disponer de una plena capacidad física para ejercer dicha actividad está vinculada a la edad de los miembros de dicho servicio, dado que, según los datos científicos facilitados por el Gobierno alemán, muy pocos funcionarios de más de 45 años tienen la capacidad física suficiente para ejercer su actividad en el ámbito de la extinción de incendios. Cabe considerar, por otra parte que el límite de edad también puede entenderse adecuado para lograr el objetivo consistente en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de bomberos profesionales y, desde otro punto de vista, proporcionado pues no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. El razonamiento del Tribunal, en este caso, pareció seguir seguido un camino inverso al problema planteado. Su iter mental apunta más bien a una legitimación de la extinción forzosa por el cumplimiento de la edad antes que al mantenimiento de barreras de acceso. Siendo la forma física algo perfectamente medible, perfectamente podrían establecerse controles de entrada que comprobaran realmente el estado de los aspirantes. Decidir que 31 años es sinónimo de pérdida del vigor corporal, que sería la conclusión última de esta sentencia, no parece ni lógico ni proporcionado[2].

En el caso *Matzak*[3], el Tribunal estableció que no es posible establecer en las legislaciones nacionales categorías distintas de "tiempo de trabajo" y "período de descanso": esta dualidad es inherente a la Directiva 2003/88/CE. La guardia de un trabajador, bombero en este caso, que le obliga a responder a las convocatorias de su empleador en ocho minutos, ha de considerarse "tiempo de trabajo". Ahora bien, los Estados miembros no están obligados a determinar la retribución de períodos de guardia domiciliaria como estos en función de la calificación de estos períodos como «tiempo de trabajo» y «períodos de descanso». Este es un punto que ya fue abordado en sentencias anteriores y que da a entender que cabe establecer remuneraciones diferentes para los trabajadores en función de los diferentes niveles de actividad. Pero la verdadera relevancia de *Matzak* no fue este análisis, sino el hecho de transformarse en la referencia de la noción de trabajador fuera del ámbito de la libre circulación, cogiendo así el testigo del caso *Lawrie-Blum*[4].

Los casos *Dublin City Council*[5] y muy pronto *Ville de Mons*[6] forman parte también de este elenco, que no es necesario exponer con exhaustividad. Sirve para llamar la atención sobre el hecho de la litigiosidad del cuerpo de bomberos, muy superior a los charcuteros, por ejemplo, y que solo palidece frente al personal médico. La única explicación que encuentro para ello es su condición de empleados públicos, lo que les anima a demandar a sus empleadores, quizá soñando con el efecto directo vertical de una directiva que les beneficie.

[1] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de enero de 2010, Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main, asunto C-229/08 (ECLI:EU:C:2010:3).

[2] Sobre este caso y los siguientes en materia de discriminación por razón de edad inspirados en él, MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: "La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. º 191, 2016, pp. 145-178. Un análisis complementario de la materia en OLMOS PARÉS, I.: "El relevo generacional y la discriminación por razón de edad en la extinción del contrato de trabajo a propósito de la sentencia del TJUE de 15 de abril de 2021", *Revista Galega de Dereito Social*, n. º 12, 2021, pp. 85-123.

[3] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de febrero de 2018, Ville de Nivelles contra Rudy Matzak, asunto C-518/15 (ECLI:EU:C:2018:82).

[4] Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1986, Deborah Lawrie-Blum contra Land Baden-Württemberg, asunto 66/85 (ECLI:EU:C:1986:284).

[5] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de noviembre de 2021, MG contra Dublin City Council, asunto C-214/20 (ECLI:EU:C:2021:909).

[6] Asunto C-377/21.

Cualquiera que sea la razón, en la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 24 de febrero de 2022, *VB y Glavna direktsia «Pozharna bezopasnost i zashtita na naselenieto»*, asunto C-262/20 (ECLI:EU:C:2022:117), los bomberos vuelven a escena en el Tribunal de Justicia, a propósito de la regulación de su trabajo nocturno. Sin embargo, el trabajo nocturno no es el verdadero punto de interés de esta sentencia. El núcleo doctrinalmente relevante del caso es la posibilidad de establecer reglas diferentes para el sector público y para el sector privado a la hora de transponer una directiva.

2. UNA CUESTIÓN DE TIEMPO: LAS DIFERENCIAS DE REGULACIÓN DEL TRABAJO NOCTURNO EN EL DERECHO BÚLGARO

El origen del caso residía en los regímenes diferentes establecidos en Bulgaria a propósito del trabajo realizado entre las 22 y las 6 horas por trabajadores asalariados y por funcionarios públicos. Nótese, antes de entrar en los detalles, que la definición búlgara de trabajo nocturno, coincidente con la recogida en el artículo 36.1 ET, ya es en sí misma una decisión nacional sobre transposición ventajosa de la Directiva 2003/88/CE. Esta, en su artículo 2.3, fija una duración mínima de siete horas, extendida aquí en una más.

En el caso de los trabajadores asalariados, regidos por el Código del Trabajo, se establecía una duración máxima media de siete horas semanales. La normativa reglamentaria fijaba, además, coeficientes de conversión del tiempo de trabajo que premiaban económicamente la realización de trabajo nocturno. En el caso de los bomberos, sometidos al régimen de la Ley del Ministerio del Interior, la duración era de ocho horas y la norma reglamentaria paralela a la indicada había sido derogada tiempo atrás. Las duraciones, en síntesis, eran diferentes y las compensaciones económicas seguían caminos separados.

El impacto del Derecho de la Unión Europea, y en especial del Derecho social, ha sido un campo de batalla en las últimas décadas entre laboralistas y administrativistas en los Estados miembros. La limitación original procedente de la libre circulación empezó a quebrarse en el caso *Sotgiu*[7] y sus seguidores. Hoy en día, existe un consenso absoluto sobre la relevancia indiscutible de la normativa europea en el empleo público. Basta con pensar en el impacto que ha tenido la Directiva 1999/70/CE, y en especial la jurisprudencia sobre ella[8], en la configuración del trabajo temporal en las Administraciones Públicas en España.

Hay, por supuesto, excepciones, pero son expresas. Tal es el caso de las recogidas en el artículo 1.6 de la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, para los funcionarios y los servicios públicos de emergencias[9]. En todo caso, no es arriesgado decir que, en la actualidad, el Derecho de la Unión Europea es un poderoso motor de cambio e influencia en la legislación sobre empleo público de los Estados miembros.

En sus Conclusiones[10], el Abogado General Petruzzella ya había expresado claramente su punto de vista sobre las cuestiones planteadas. Para él, la mayor parte del caso suponía un asunto de Derecho interno que debía ser resuelto conforme a reglas internas. En cuanto al contenido que afectaba al Derecho de la Unión, no muy abundante a su juicio, su razonamiento afirmaba que los

[7] Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 1974, Giovanni Maria Sotgiu contra Deutsche Bundespost, asunto 152/73 (ECLI:EU:C:1974:13).

[8] Al respecto, GÁRATE CASTRO, J.: "La actividad de los jueces españoles como factor del impacto sobre el Derecho del Trabajo español de los fallos del Tribunal de Justicia resolviendo peticiones de decisiones prejudiciales en asuntos afectados por normas de política social de la Unión: cambios normativos, inaplicación de preceptos e interpretaciones conformes", *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 9, 2019, pp. 52 y ss.

[9] Sobre esta, MIRANDA BOTO, J. M.: "Algo de ruido. ¿cuántas nueces? la nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el derecho español", *Temas Laborales*, n.º 149, 2019, pp. 71-100.

[10] ECLI:EU:C:2021:686.

Estados miembros sí que disponen de una cierta flexibilidad a la hora de transponer el contenido de la Directiva 2003/88/CE. Y, puede añadirse, por extensión cualquier otra.

3. EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DEL TRABAJO NOCTURNO

No deja de resultar llamativo un contenido de la parte inicial de la sentencia. En un momento en el que se está discutiendo la aprobación de una propuesta de directiva sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, el Tribunal, casi en *obiter dicta*, recordó su doctrina del caso *Specht*[11] a propósito de la extensión del artículo 153.5 TFUE. Y lo hizo para subrayar las posibilidades de actuación que tiene la UE a propósito del salario: "entenderse en el sentido de que se refiere a las medidas que, como las que uniforman todo o parte de los elementos constitutivos de los salarios o de su nivel en los Estados miembros o incluso las que establecen un salario mínimo, supondrían una injerencia directa del Derecho de la Unión en la determinación de las retribuciones dentro de esta. Sin embargo, dicha excepción no puede extenderse a cualquier aspecto que guarde alguna relación con la remuneración, si no se quiere privar de gran parte de su contenido a algunos ámbitos contemplados en el artículo 153 TFUE, apartado 1". Es difícil expresarlo con mayor claridad: la Unión Europea puede regular materias salariales, dentro de unos límites.

Reciban el aviso, pues, los implicados, a favor y en contra, en la discusión de la propuesta mencionada. Hay margen para una acción que impulse el establecimiento de salarios mínimos.

Abordando ya la cuestión del trabajo nocturno, el Tribunal reconoció las deficiencias de las cuestiones tal y como habían sido planteadas por el órgano judicial búlgaro. Procedió, por lo tanto, a reordenarlas para su análisis, recurriendo a precedentes bien establecidos que amparan este tipo de decisiones procedimentales. Una vez más, esta sentencia puso de manifiesto que, cuando el Tribunal de Justicia quiere abordar un caso, no hay obstáculos para ello que no pueda separar. En el sentido contrario, lo mismo puede afirmarse con igual peso.

El primer punto abordado por el Tribunal fue el margen de libertad del que disponen los Estados miembros a la hora de regular el trabajo nocturno. De acuerdo con la Directiva 2003/88/CE, esta regulación ha de ser necesariamente protectora y la sentencia incluía una serie de elementos posibles para ello. Entre ellos figura, pero no de forma obligatoria, una reducción de la duración de ese tiempo de trabajo. Lo más llamativo de esta parte de la sentencia fue la utilización por el Tribunal como referencia interpretativa del Convenio 171 de la OIT, algo poco habitual en su práctica[12]. La conclusión del Tribunal fue, en definitiva, que el trabajo durante el día y durante la noche no tiene por qué tener necesariamente duraciones iguales. Pero siempre debe existir un elemento compensador que haga que la especial dureza del trabajo nocturno sea correspondida por otros elementos *defensivos*. La legislación nacional de transposición debe contener algún mecanismo. ¿Existía en el caso búlgaro?

4. ¿DEBE HABER TRATO IGUAL?

El auténtico nudo gordiano de este caso se encontraba en la segunda cuestión planteada por el tribunal búlgaro: "¿Exige el principio de igualdad establecido en los artículos 20 y 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que la duración normal del trabajo nocturno de

[11] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de junio de 2014, Thomas Specht y otros contra Land Berlin y Bundesrepublik Deutschland, asuntos acumulados C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12 (ECLI:EU:C:2014:2005).

[12] Sobre estas situaciones, véase MIRANDA BOTO, J. M.: "Los Convenios de la OIT en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. º 117, 2015, pp. 273-281. A propósito de la articulación entre la Directiva 2003/88/CE y otros Convenios de la OIT, con más éxito, NORES TORRES, L. E.: "La influencia "comunitaria" en la configuración "interna" del derecho a las vacaciones anuales retribuidas", *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 10, 2020, pp. 53-82.

siete horas, determinada en el Derecho nacional para los trabajadores del sector privado, se aplique también a los empleados del sector público, incluidos policías y bomberos?".

Recuérdese que los mencionados preceptos establecen, respectivamente, que "Todas las personas son iguales ante la ley" y que "1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad. 2. Todo trabajador tiene derecho 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".

La implicación última de esta pregunta resulta clara y no está relacionada en modo alguno con el trabajo nocturno. Si la respuesta era rotundamente afirmativa, podía seguirse de ello la necesidad de que las condiciones de trabajo en el sector público y en el sector privado quedaran armonizadas de forma obligatoria. Los poderes de los Estados miembros habrían quedado reducidos en un grado muy significativo, transformando la concepción de la armonización. Este obvio peligro no puede haber estado ausente de la mente de los jueces del Tribunal de Justicia.

El hecho de que la propia sentencia recogiera como antecedente lo dicho en *Baldonedo Martín*[13] permitía augurar por dónde discurriría la resolución: "una diferencia de trato basada en el carácter funcionarial o laboral de una relación de servicio puede, en principio, apreciarse a la luz del principio de igualdad de trato, el cual constituye un principio general del Derecho de la Unión".

La salida de este laberinto se halló siguiendo el hilo del rechazo de las lecturas generales y abstractas de estos principios. Lo necesario era una interpretación "de un modo específico y concreto, teniendo en cuenta todos los elementos que caracterizan esas situaciones, especialmente a la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional que establezca la distinción controvertida y, en su caso, de los principios y objetivos del ámbito al que pertenezca dicha normativa nacional", como ya había señalado en el caso *MB*[14].

Los conocedores de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no tendrán dificultad de pronosticar hacia dónde conducen este tipo de afirmaciones: la búsqueda de una justificación objetiva y razonable. Encontrarla, como es costumbre, es una tarea que queda para el órgano jurisdiccional nacional. Eso sí, el Tribunal de Justicia en su sentencia ha ofrecido varias indicaciones y descartes. La explicación de que el trabajo diario y el nocturno pueden durar lo mismo, sin compensación alguna, ya queda descartada de antemano. Ninguna finalidad admisible encaja en dicha idea.

Las razones presupuestarias, por supuesto, no tienen encaje en ese modelo. El dinero, en la jurisprudencia ya clásica del Tribunal de Justicia, nunca trae una explicación suficiente. Es muy difícil que pueda ser considerado como un objetivo de interés general. Incluso si es cierto que el abono de compensaciones a los bomberos (y al resto de empleados público, *sequitur*) impondría una carga severa al Estado búlgaro, el Tribunal de Justicia pidió al órgano jurisdiccional proponente que encontrara otra justificación.

5. UNA BREVE CONCLUSIÓN

En definitiva, la decisión del Tribunal de Justicia en este caso es, en cierta medida, un fallo de Schrödinger. Deja abierto el camino, no puede negarse, para que se puedan transponer directivas de forma distinta en el sector público y en el sector privado, puesto que esta posibilidad no ha sido rechazada categóricamente. Pero la condición para ello es severa: justificaciones razonables y

[13] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de enero de 2020, Almudena Baldonedo Martín contra Ayuntamiento de Madrid, asunto C-177/18 (ECLI:EU:C:2020:26).

[14] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de junio de 2018, MB contra Secretary of State for Work and Pensions, asunto C-451/16 (ECLI:EU:C:2018:492). Sobre ella, VICENTE PALACIO, A.: "Sexo y género en el ámbito comunitario (por un ordenamiento jurídico "de-generador"). Algunas reflexiones a propósito de la STJUE de 26 de julio de 2018 (asunto MB)", *Revista Galega de Dereito Social,* n.º 7, 2018, pp. 73-98.

objetivas. Y como todos los lectores de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia saben, encontrar una de esas nunca ha sido tarea fácil. En el caso de los bomberos búlgaros, la respuesta parece más oscura que la noche en la que realizan sus discutidos turnos, en lugar de consagrarla al sueño.

6. BIBLIOGRAFÍA

GÁRATE CASTRO, J.: "La actividad de los jueces españoles como factor del impacto sobre el Derecho del Trabajo español de los fallos del Tribunal de Justicia resolviendo peticiones de decisiones prejudiciales en asuntos afectados por normas de política social de la Unión: cambios normativos, inaplicación de preceptos e interpretaciones conformes", *Revista Galega de Dereito Social*, n. º 9, 2019.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: "La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. º 191, 2016.

MIRANDA BOTO, J. M.: "Los Convenios de la OIT en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. º 117, 2015.

MIRANDA BOTO, J. M.: "Algo de ruido. ¿cuántas nueces? la nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el derecho español", *Temas Laborales*, n. º 149, 2019.

NORES TORRES, L. E.: "La influencia "comunitaria" en la configuración "interna" del derecho a las vacaciones anuales retribuidas", *Revista Galega de Dereito Social*, n. º 10, 2020.

OLMOS PARÉS, I.: "El relevo generacional y la discriminación por razón de edad en la extinción del contrato de trabajo a propósito de la sentencia del TJUE de 15 de abril de 2021", *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 12, 2021.

VICENTE PALACIO, A.: "Sexo y género en el ámbito comunitario (por un ordenamiento jurídico "de-generador"). Algunas reflexiones a propósito de la STJUE de 26 de julio de 2018 (asunto MB)", *Revista Galega de Dereito Social,* n. º 7, 2018.

nº 3 (2º Trimestre 2022)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Despido discriminatorio por anuncio de matrimonio: ¿un supuesto de discriminación por razón de sexo? [Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 130/2022, de 9 de febrero de 2022 (Rec. 1871/2020)]

Discriminatory dismissal for announcing a marriage: a case of gender discrimination? [Commentary to Supreme Court ruling 130/2022 of 9 February 2022 (Rec. 1871/2020)]

YOLANDA CANO GALÁN *Profesora TU Universidad Rey Juan Carlos*
Of Counsel Labormatters Abogados
https://orcid.org/0000-0003-0564-4297

Cita sugerida: CANO GALÁN, Y. "Despido discriminatorio por anuncio de matrimonio: ¿un supuesto de discriminación por razón de sexo? [Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 130/2022, de 9 de febrero de 2022 (Rec. 1871/2020)]". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 3 (2022):* 139-150.

Resumen

El Tribunal Supremo, en sentencia 130/2022, de 9 de febrero de 2022 (Rec. 1871/2020), declara la nulidad del despido de la trabajadora que anuncia su matrimonio y solicita el correspondiente permiso, por entender que se está ante un supuesto de discriminación por razón de sexo. El presente estudio aborda no sólo la relación entre matrimonio, mujer, maternidad, libertad y dignidad de la persona, sino que también indaga en la posibilidad de incluir la situación como un supuesto de discriminación por "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" a que refiere el art. 14 CE, analizando si el estado civil estaría incluido en la cláusula final de dicho precepto. Junto a ello, se aborda un estudio crítico de si la solución alcanzada por la sentencia también sería extrapolable a los supuestos en que el anuncio del matrimonio se hubiera realizado por un hombre. Y ello tanto examinando la normativa internacional, como las sentencias del TEDH y TC que abordan la cuestión.

Palabras clave

Despido; derechos fundamentales; matrimonio; estado civil; discriminación por razón de sexo; maternidad; dignidad

Abstract

The Supreme Court, in ruling 130/2022, of 9 February 2022 (Rec. 1871/2020), declares null and void the dismissal of the female worker who announces her marriage and requests the corresponding leave, on the grounds that it is a case of gender discrimination. This study addresses not only the relationship between marriage, women, motherhood, freedom, and dignity of the person, but also explores the possibility of including the situation as a case of discrimination on the grounds of "any other personal or social condition or circumstance" referred to in Art. 14 EC, analysing whether marital status would be included in the final clause of that provision. In addition, a critical study is made of whether the solution reached by the ruling could also be extrapolated to cases in which the announcement of the marriage was made by a man. This can be done both by examining international law and the judgments of the ECtHR and the Constitutional Court that address the issue.

Keywords

Dismissal; fundamental rights; marriage; marital status; discrimination on grounds of gender; maternity; dignity

Fecha Recepción: 16/05/2022 - Fecha Revisión: 26/05/2022 - Fecha Aceptación: 31/05/2022
Pags. 139-150

1. INTRODUCCIÓN

La discriminación en el ámbito laboral no es ajena al siglo XXI. A pesar de la existencia de una compleja regulación de los supuestos de discriminación prohibidos tanto a nivel nacional como internacional, la realidad se enfrenta a la teoría y no son pocas las situaciones en que hay que abordar si el despido de personas trabajadoras obedece a algún motivo discriminatorio, expreso u oculto.

Esta es la situación que resuelve la sentencia que se comenta -de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 130/2022, de 9 de febrero de 2022 (Rec. 1871/2020)-, en que, por primera vez, la Sala 4ª del Tribunal Supremo resuelve una cuestión no exenta de cierta polémica: cuál debe ser la calificación del despido por el anuncio por parte de la trabajadora de su intención de contraer matrimonio. La sentencia declarará la nulidad del despido por entender que se está ante un supuesto de discriminación por razón de sexo, conclusión que exige, cuanto menos, una reflexión jurídica en torno a la categorización de la situación como discriminatoria por la condición de ser mujer, el posible encuadre del estado civil en cuanto que supuesto incardinable en la fórmula abierta -*"cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*- del art. 14 CE, y la repercusión que un simple anuncio de ejercicio de un derecho -no fundamental en sí mismo- puede tener en la calificación del despido.

2. EL SUPUESTO DE HECHO

La sentencia del Tribunal Supremo 130/2022, de 9 de febrero de 2022 (Rec. 1871/2020), examina el supuesto de una trabajadora que fue contratada como técnica de proyectos mediante contrato por obra o servicio determinado, para la *"gestión de proyectos europeos"*, estando fundamentalmente vinculada al proyecto AFHES, cuyo objetivo era mejorar la capacidad de innovación para fomentar la competitividad. La empresa envió propuesta de renovación del proyecto AFHES, fijándose como fechas inicial y final del proyecto el 1 de marzo de 2019 y el 28 de febrero de 2022, identificándose como personas de contacto, entre otras, a la actora. La empresa demandada firmó un contrato de prestación de servicios para el apoyo a la gestión económica administrativa del proyecto el 19 de junio de 2019 con otra empresa.

La trabajadora envió un correo electrónico a la empresa el 7 de junio de 2019, comunicándole que el 24 de agosto de 2019 se iba a casar e iba a pedir los 15 días de licencia matrimonial, que acumularía a las vacaciones de verano, respondiendo la empresa por escrito que se concedían las vacaciones y los 15 días de licencia por matrimonio. La actora finalmente contrajo matrimonio el 24 de agosto de 2019. Consta expresamente probado que en la empresa hay empleados cuyo estado civil es "casado".

La actora recibió burofax de la empresa donde se le comunicó la finalización de la obra o servicio con efectos de 25 de junio de 2019, siendo contratada otra técnica de proyectos.

Como consecuencia de dicha comunicación presentó demanda por despido, por entender que el contrato estaba concertado en fraude de ley, por lo que la comunicación de la extinción del contrato temporal debía considerarse despido, que además debía ser calificado de nulo por vulneración de derechos fundamentales, al traer causa el mismo de su anuncio de contraer matrimonio. Subsidiariamente, solicitó la improcedencia.

3. LAS SENTENCIAS DICTADAS EN EL PROCEDIMIENTO

3.1. La sentencia de instancia

Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago de Compostela, de 26 de noviembre de 2019 (autos 513/2019), se estimó parcialmente la demanda declarando la improcedencia del despido y rechazando la nulidad del mismo por discriminación. El argumento es

que teniendo en cuenta la causa contractual, el contrato temporal estaba suscrito en fraude de ley, de forma que la comunicación de la terminación del contrato debía ser entendida como despido.

En cuanto al argumento por el que declara la improcedencia y rechaza la nulidad, la sentencia se centra en que: 1) El motivo por el que se alega la existencia de discriminación es por el estado civil, y en la empresa existen personas casadas tal y como consta expresamente en los hechos probados, por lo que no puede entenderse que exista indicio de discriminación por dicha circunstancia; 2) El derecho a contraer matrimonio no es uno de los supuestos protegidos por el art. 14 CE, puesto que no se encuentra entre los derechos que se regulan en la sección de derechos fundamentales y libertades públicas del Título I, Capítulo II, Sección 1ª CE; 3) En atención a lo anterior, no puede entenderse que el mero anuncio de matrimonio pueda considerarse un indicio de discriminación.

3.2. La sentencia de suplicación

Recurrida dicha sentencia en suplicación por la actora, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 3 de junio de 2020 (Rec. 397/2020) revoca la de instancia y estima la demanda declarando la nulidad del despido por discriminación, condenando a la empresa a la readmisión de la trabajadora con abono de los salarios de tramitación y abono de una indemnización de 15.000 euros, debiendo reintegrar la actora la indemnización percibida por el cese.

En el recurso de suplicación se entendió por la trabajadora que la decisión empresarial había vulnerado el art. 11.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979[1] el art. 14 de la Constitución Española (CE), que, entre los supuestos de discriminación prohibidos, incorpora, como cláusula abierta, *"cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*[2] y el art. 4.2. c) ET, que incluye, entre los derechos de las personas trabajadoras el no ser discriminado por *"sexo"* y *"estado civil"*[3].

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia entiende que la declaración de nulidad del despido por el anuncio por parte de la trabajadora de la intención de contraer matrimonio tiene amparo:

> 1.-En la normativa internacional, ya que la protección frente al despido por razón de matrimonio tiene su encaje en el art. 11.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, precepto que sanciona expresamente la discriminación por razón del estado civil;
>
> 2.-En la CE y entre los supuestos que tendrían encaje en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, y ello por dos motivos:
>
> A.-Porque históricamente la discriminación contra las mujeres en el ámbito laboral ha tenido su causa en el matrimonio, por lo que la situación se incluiría como un supuesto de discriminación contra la mujer y por lo tanto proscrita por el art. 14 CE; y

[1] Que señala: *"A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estados civil"*.

[2] El art. 14 CE determina *"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*.

[3] En particular, se concreta que "*En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: (...) c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil (...)"*.

B.- Porque en el término *"condición o circunstancia personal o social"* debe incluirse el estado civil, y por lo tanto, se proscribe la discriminación por razón de matrimonio;

3.-En la normativa laboral, ya que:

A.-El art. 4.2 c) ET incluye entre los supuestos de discriminación prohibidos el *"estado civil"*, y el matrimonio estaría por lo tanto incluido entre los derechos de las personas trabajadoras a no ser discriminadas; y

B.-Aunque no se citó expresamente en el recurso, el art. 3 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, también incluye al *"estado civil"* entre los supuestos por los que no puede existir discriminación -directa o indirecta- por razón de sexo[4].

Sigue argumentando la sentencia que la terminación del contrato temporal tras el anuncio del matrimonio por parte de la actora supone indicio suficiente de discriminación, tanto por razón de sexo -por existir discriminación histórica de las mujeres por matrimonio- como por cambio de estado civil. Y fundamenta su decisión en que: 1) Un día antes de su cese se le confirmó a la actora su porcentaje de asignación al proyecto (que era del 100%); 2) La trabajadora estaba adscrita al mismo desde el comienzo; y 3) Tan sólo 18 días después del anuncio por parte de la actora (el 7 de junio de 2019), de que iba a pedir los días de licencia matrimonial porque iba a contraer matrimonio, se procedió a comunicar la terminación de su contrato (el 25 de junio de 2019).

Existiendo por lo tanto indicios de discriminación, conforme a los arts. 96.1 y 181.2 LRJS, correspondería a la empresa adoptar una justificación objetiva y razonable de la decisión extintiva y su proporcionalidad, justificación que conforme a la sentencia de suplicación no concurre, y ello en atención no sólo a los indicios proporcionados, sino también porque: 1) El contrato era fraudulento; 2) El proyecto no había finalizado; y 3) A los pocos días del despido (el 2 de julio de 2019), se contrató a otra técnico de proyectos que era de la misma categoría que la actora. Añade la Sala de suplicación que no puede servir como justificación el que la empresa hubiera contratado con otra el 19 de junio de 2019 el "*apoyo a la gestión económico administrativa del proyecto"*, ya que la propia empresa había confirmado que la actora estaría vinculada al mismo un día antes de su cese, y además se probó en instancia que la contratación externa no sustituía las funciones de la actora, a lo que se añade el hecho de que cuando consta probado que en la empresa había empleados cuyo estado civil es casado no neutraliza la existencia de discriminación, ya que no constan en los hechos probados datos *como "el número de los mismos, el puesto desempeñado, el porcentaje de hombres y mujeres con tal estado civil, etc."*.

En definitiva, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia confirma la sentencia de instancia respecto de la consideración de que la contratación se realizó en fraude de ley por no existir causa de temporalidad, existiendo despido, pero revoca la misma para declarar la nulidad del despido por tratarse de un supuesto de discriminación por razón de sexo y estado civil.

Existiendo despido discriminatorio, y por lo tanto vulnerador de derechos fundamentales, en aplicación del art. 183 LRJS, la Sala de suplicación fija la indemnización en los 15.000 euros por daños morales cuantificados en la demanda, por considerar que la misma no es desproporcionada teniendo en cuenta: 1) Los indicios de discriminación; 2) La falta de justificación de la decisión extintiva; 3) El hecho de que la empresa comunicara a terceros, a través de la red social Linkedin, que la actora ya no era trabajadora de la entidad, lo que supone comunicación pública de una decisión discriminatoria; y 4) La proximidad entre el despido y la fecha de celebración del matrimonio, ya que la sentencia considera que *"parece razonable entender que la pérdida de su empleo por la actora perturbase la tranquilidad con que podía esperar desarrollar su cambio de estado civil, acrecentando el consiguiente daño moral"*.

[4] El precepto determina *"El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de (...) el estado civil"*.

Disconforme con la solución alcanzada por la sentencia de suplicación, que declara la nulidad del despido, presenta recurso de casación para la unificación de doctrina la empresa.

4. EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

4.1. El núcleo casacional

La cuestión que la empresa plantea en casación para la unificación de doctrina parece en apariencia simple: si puede entenderse discriminatorio el despido de una trabajadora tras anunciar su matrimonio y solicitar la correspondiente licencia por dicha circunstancia.

Sin cuestionar la empresa el fallo tanto de la sentencia de instancia como de la sentencia de suplicación en relación a que el contrato se concertó en fraude de ley, por lo que la comunicación de terminación del mismo debía considerarse despido, sí que cuestiona la calificación del mismo, que entiende no debe considerarse nulo por cuanto no existe vulneración de derecho fundamental alguno, sin plantear motivo alguno en relación a cómo debe efectuarse el cálculo de la indemnización, puesto que su pretensión es que el Tribunal Supremo case y anule la sentencia de suplicación para confirmar la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido.

El argumento que esgrime es simple: el derecho a contraer matrimonio se contempla en el art. 32.1 CE[5], sin que se trate por lo tanto de un derecho fundamental de los encuadrados en el Título I, Capítulo II, Sección 1ª CE, y el derecho a obtener permisos y licencias matrimoniales se encuentra regulado en el art. 37.3 ET, por lo que en ningún caso puede entenderse que la decisión de contraer matrimonio y disfrutar de licencia matrimonial pueda considerarse un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, porque el derecho no es fundamental.

4.2. La sentencia de contraste

A efectos de admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina, la empresa invoca de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 11 de octubre de 2012 (Rec. 3575/2011) -aclarada por dos autos posteriores que en nada afectan a la cuestión-, que confirmó la sentencia de instancia que había declarado la improcedencia del despido[6].

Consta probado en dicha sentencia que la actora, arquitecta, prestó servicios para la empresa, primero con un contrato en prácticas, y después mediante dos contratos eventuales por circunstancias de la producción, en el marco de un contrato que comenzó su ejecución el 7 de noviembre de 2008 y terminó el 31 de marzo de 2010.

La actora comunicó con varios meses de antelación que el 6 de marzo de 2010 se casaría, y el 2 de marzo de 2010 entregó carta indicando que como ya había comunicado anteriormente, iba a contraer matrimonio, por lo que solicitaba la concesión de los días de permiso, respondiendo la empresa el 26 de febrero de 2010, que el 5 de marzo de 2010 finalizaría su contrato temporal.

A lo que a efectos del recurso de casación para la unificación de doctrina interesa[7], y respecto del recurso presentado por la trabajadora en que solicitaba que se declarara la nulidad del despido por cuanto la solicitud de un permiso por celebración de matrimonio atenta contra derechos

[5] Que determina que *"El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica"*.

[6] Si bien la sentencia estima parcialmente los recursos de suplicación presentados por la trabajadora y la empresa, y revoca parcialmente la sentencia de instancia para mantener la improcedencia del despido.

[7] Puesto que se presentaron recursos de suplicación tanto por la trabajadora, que solicitó la declaración de su condición de fija en la empresa por existir fraude en la contratación temporal y el pago de una indemnización por daños morales, y la empresa, que planteó tres motivos: se declare la procedencia del despido, subsidiariamente, de mantenerse la nulidad, se determine como fecha de extinción del contrato el 31 de marzo de 2010 limitándose los salarios de tramitación hasta el 5 de marzo de 2010 y hasta el 31 de marzo de 2010, y subsidiariamente, en caso de que se reconozca la improcedencia del despido, se declare la finalización del contrato temporal que unía a las partes el 31 de marzo de 2010.

fundamentales[8], la Sala concluye que ello no es así, y ello con fundamento en lo siguiente: 1) El art. 32.1 CE contempla el derecho a celebrar matrimonio, y dicho precepto no está incluido en el Título I, Capítulo II, Sección 1ª CE, que identifican los derechos fundamentales, por lo que no se trata de un derecho fundamental; 2) Que el art. 37.3 ET regula el permiso por matrimonio, sin que tampoco pueda considerarse un derecho fundamental. En definitiva, entiende que el despido no puede considerarse nulo *"en ningún caso"*.

4.3. La admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina: ¿Existe contradicción?

A pesar de que la sentencia de contraste no se pronuncia en ningún momento sobre la posible existencia de discriminación por razón de sexo, la Sala 4ª del TS aprecia la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada como término de comparación, ya que existiría identidad:

1.- En los hechos probados, puesto que en ambas sentencias se está en presencia de trabajadoras que tras anunciar que van a contraer matrimonio ven extinguida su relación laboral;

2.- En las pretensiones, puesto que en ambas sentencias las actoras pretenden que se declare que ha existido un despido -por existir contratación fraudulenta-, que debe ser declarado nulo por vulneración de derechos fundamentales[9];

3.-En los fundamentos, puesto que ambas sentencias analizan la CE, el ET y la normativa internacional, para analizar si el matrimonio estaría incluido como un supuesto protegido frente a discriminaciones por razón de estado civil, y ello a pesar de que como se ha avanzado, la sentencia de contraste no contiene ningún pronunciamiento sobre la posible existencia de discriminación por razón de sexo, que es en lo que fundamenta su decisión la sentencia recurrida que después acogerá el Tribunal Supremo; y

4.- Los fallos serían contradictorios, ya que en la sentencia recurrida se declara la nulidad del despido, mientras que en la sentencia de contraste se declara la improcedencia del mismo, y ello por considerar la sentencia recurrida que se está ante un supuesto de discriminación por razón de sexo y estado civil, mientras que la sentencia de contraste considera que el derecho a contraer matrimonio se encuentra regulado en el art. 32.1 CE y por lo tanto no se trata de un derecho fundamental.

Sorprende que dadas las dificultades para la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina en atención a las complejidades inherentes a la apreciación de la existencia de contradicción en términos del art. 219 LRJS[10], la sentencia comentada no dude en ningún momento de su existencia, y ello a pesar de que podría no apreciarse la existencia de contradicción por no existir identidad en los fundamentos o razones de decidir de las Salas de las resoluciones comparadas[11], ya que la sentencia recurrida fundamenta su decisión en aplicación del art. 14 CE,

[8] La sentencia sostiene que la trabajadora es fija puesto que el primer contrato concertado lo fue en fraude de ley, por lo que la extinción por terminación de contrato debe considerarse despido.

[9] Se entiende que el matrimonio quedaría incluido en el estado civil a que refieren tanto la normativa internacional como el ET y que quedaría encuadrado en otras circunstancias personales o sociales a que refiere el art. 14 CE.

[10] Que cuando expone que *"el recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo respecto de los mismos u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos"*, obliga a que se cumpla la triple identidad: hechos, fundamentos, pretensiones, sin que en el presente supuesto pudiera entenderse que existe identidad en los fundamentos por resolver las resoluciones comparadas en atención a lo establecido en el art. 14 CE pero en dos de sus vertientes: discriminación por razón de sexo (supuesto de la sentencia recurrida), discriminación por razón de estado civil (supuesto de la sentencia de contraste).

[11] Sobre la cuestión, *Vid*. CANO GALÁN, Y.: "La contradicción *ordinaria, a fortiori* y *a posteriori* como cauce para la unificación de doctrina", en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *El recurso de casación para la unificación de*

(...)

mientras que la sentencia de contraste la fundamenta en el art. 32.1 CE, sin mencionar, siquiera, a dicho precepto[12].

Ello, en puridad, podría suponer causa de inadmisión del recurso por no apreciarse la existencia de contradicción por falta de identidad en las razones de decidir de las Salas de las resoluciones comparadas, pero la sentencia no duda de dicho extremo, obviando el hecho de que ambas fundamentan sus decisiones en preceptos distintos, por lo que no existiría doctrina que unificar. La razón podría encontrarse en que en realidad ambas sentencias reflexionan sobre el alcance del art. 32.1 CE, por lo que el hecho de que la sentencia recurrida fundamente su decisión, además, en el art. 14 CE, no impediría que se examinara el recurso de casación unificadora e incluso se dictara sentencia analizando dicho precepto.

5. NULIDAD DEL DESPIDO POR ANUNCIO DE MATRIMONIO

Como se ha avanzado, la cuestión que resuelve la sentencia ahora comentada es si el anuncio por parte de la trabajadora de su intención de contraer matrimonio es un indicio de discriminación, y de qué tipo -por razón de sexo o de estado civil-, por lo que si la empresa no justifica objetiva y razonablemente las razones por las que procede a extinguir el contrato, si el despido podría declararse nulo[13].

5.1. El anuncio de ejercicio de derechos: ¿un supuesto de discriminación?

La sentencia comentada sustenta su decisión en un extremo que no se corresponde, exactamente, con el núcleo casacional. En realidad, en ningún momento se ha producido un cambio del estado civil, condición ésta sobre la que se podría discutir -y de hecho se hace por la Sala 4ª del TS- en relación a qué tipo de discriminación existiría -¿por razón de sexo? ¿por razón de estado civil?-, sino que lo que aconteció fue un simple anuncio del ejercicio de un futuro derecho, que en la práctica podría no haberse materializado.

El TS no reflexiona sobre dicha cuestión en ningún momento, sin plantearse -lo que sí se hizo por la empresa en el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado-, si podría equipararse el mero "anuncio", que no es más que la manifestación de voluntad de ejercicio de un derecho, con el ejercicio pleno del mismo.

La cuestión no es baladí. El art. 55.5 ET declara que *"será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador"*. Analizando el precepto, no se explicita si es preciso que la discriminación o la violación de derechos fundamentales y libertades públicas se hayan ejercido o se hayan anunciado. Desde esta perspectiva, podría existir discriminación por el anuncio del ejercicio de algún derecho. Ahora bien, dicha conclusión provoca serios problemas. El llevar al extremo dicha interpretación podría llevar a situaciones en que, aquellos trabajadores que prevean la extinción de sus contratos, podrían simplemente anunciar el ejercicio de un derecho fundamental, para "blindar" sus contratos, es decir, para intentar conseguir la declaración de nulidad del despido, y ello a pesar de que no exista una voluntad inequívoca de ejercicio de dicho derecho. Los riesgos son evidentes, pero debe primar en estos casos la protección jurídica frente a posibles abusos.

---

doctrina en el orden social de la jurisprudencia: un estudio a través de la jurisprudencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo Madrid, BOE, 2020, pp.183-234.

[12] Salvo para determinar que el recurso de suplicación se sustentó en el mismo, lo que en ningún caso supone fundamentar la decisión en dicho precepto, cuando el mismo no es objeto de análisis en la fundamentación jurídica en ningún caso.

[13] Hay otras sentencias que han abordado la cuestión. Entre otras STSJ Castilla y León (Valladolid), de 2 de octubre de 2017 (Rec. 1473/2017)

5.2. Estado civil y discriminación: la regulación a nivel internacional

Sorprende el escaso interés que ha tenido la cuestión examinada en la sentencia comentada a nivel internacional. En particular, el art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que proclama que "*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar"*, se cohonesta con el art. 12 CEDH -que reconoce el derecho del hombre y la mujer *"A partir de la edad núbil (...) a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho"*-, lo que se ha interpretado en sentido tan amplio como para incluir entre los supuestos protegidos el estado civil, y ello a pesar de que el art. 14 CEDH no lo menciona, sino que refiere a la prohibición de discriminación por *"cualquier otra situación"* en términos semejantes al art. 14 CE[14].

Por su parte, el art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, igualmente proclaman el derecho a contraer matrimonio en igualdad entre hombres y mujeres.

La sentencia comentada no desconoce la normativa internacional, ni la doctrina judicial que la interpreta, de ahí que expresamente refiera a esta cuestión -aunque después abandone su argumento centrándose en la discriminación por razón de sexo-, y avance un argumento a favor de entender que el despido por anuncio de celebración de matrimonio sería un supuesto de discriminación con fundamento en dicha normativa y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TEDH).

El argumento se construye en torno a la STEDH de 13 de septiembre de 2005, asunto B. y L. contra Reino Unido, que en realidad rechaza la existencia de discriminación del art. 14 CEDH, si bien considera vulnerado el art. 12 CEDH, en un supuesto en que conforme a la normativa nacional -del Reino Unido-, se prohibía el matrimonio entre suegro e hijastra. Dicha decisión, por lo tanto, no aborda la cuestión planteada en casación para la unificación de doctrina -relativa a si el matrimonio, en cuanto parte del estado civil, es uno de los supuestos protegidos frente a posibles actos de discriminación-, ni siquiera de forma residual.

El TEDH analiza la materia igualmente de forma colateral en determinadas sentencias, entendiendo que la protección del matrimonio constituye una razón legítima que puede justificar una diferencia de trato entre parejas casadas y no casadas[15], lo que en principio, y dada su ausencia de relación entre el art. 12 y 14 CEDH, en nada afecta a la cuestión examinada por la sentencia ahora comentada[16].

En definitiva, a pesar de los esfuerzos argumentales de la Sala 4ª, dicha normativa internacional en nada ayuda en la búsqueda de una solución acerca de si el despido por anuncio de celebración de matrimonio puede considerarse un supuesto de discriminación prohibida, lo que permitiría la calificación del despido como nulo.

[14] En particular, el art. 14 CE determina que "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

[15] STEDH 05-09-2019 (Proc n.º 57854/15), Theodorou et Tsotsorou contra Grecia.

[16] Existen otras muchas sentencias del TEDH que examina la cuestión desde la perspectiva de la conexión entre el art. 12 y 14 CEDH, para concluir que dicha violación no existe. En particular, así se determinó en la STEDH 09-06-2016 (Proc. N.º 40183/07), asunto Chapin y Charpentier contra Francia, en que se negó la existencia de discriminación cuando la legislación nacional prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por su parte, la STEDH, 18-12-1987 (Proc. N.º 11329/85), asunto F. contra Suiza, que considera vulnerado el art. 12 CEDH por la prohibición de contraer un cuarto matrimonio al estar limitado éste a tres.

5.3. El tipo de discriminación en que se enmarca el despido por anuncio de celebración de matrimonio

Dada la poca ayuda que proporciona la normativa internacional para resolver la cuestión, la Sala 4ª del TS recurre a la búsqueda de soluciones en la doctrina del Tribunal Constitucional (TC). Y la cuestión se aborda desde la disyuntiva de en qué tipo de discriminación se enmarcaría el despido por anuncio de celebración de matrimonio: discriminación por razón de sexo, o discriminación por cualquier otra *"condición circunstancia personal o social"*, en la que se encuadraría el estado civil.

5.3.1. ¿Discriminación por razón de sexo?

Indagando en las sentencias del TC que examinan cuestiones en que se vincula el derecho al matrimonio del art. 32 CE y la prohibición de discriminación del art. 14 CE, sorprende que no existan pronunciamientos reseñables. De este modo la sentencia comentada se ampara en lo establecido en la STC 7/1983, de 14 de febrero, en que, en relación con la suspensión forzosa de contratos de trabajadoras de la Compañía Telefónica Nacional de España que contraían matrimonio, declaró que ello constituía discriminación por razón de sexo, y ello por cuanto no se procedía a la suspensión de los contratos de los hombres cuando igualmente contraían matrimonio[17] .

Desde luego la sentencia, a diferencia de la mencionada del TEDH, sí aborda en esta ocasión de forma frontal la relación existente entre matrimonio, discriminación, y perjuicios laborales, sin embargo, tampoco ayuda a resolver la cuestión, ya que en este supuesto, a diferencia del examinado por la Sala 4ª del TS, sí existía un trato desfavorable del colectivo de mujeres -a las que se suspendía el contrato cuando contraían matrimonio- y el de hombres -que continuaban la prestación de servicios-, lo que no parece acontecer en el supuesto de la sentencia ahora comentada. Ello lleva a plantearnos la cuestión de si también podría considerarse nulo el despido de un trabajador, hombre, que anunciara su intención de contraer matrimonio. La respuesta no es simple, ya que en esta situación quizá la cuestión no podría abordarse desde la perspectiva de la discriminación por razón de sexo por la que se decanta la sentencia del TS, sino que descansaría en la posibilidad de existencia de discriminación por razón del estado civil que la sentencia sólo aborda de manera residual.

5.3.2. ¿Discriminación por razón del estado civil?

No puede obviarse el hecho de que el recurso de casación para la unificación de doctrina centró su argumento en la inexistencia de discriminación por razón del *"estado civil"*, de ahí que la Sala 4ª del TS no tenga más remedio que abordar la cuestión desde esta perspectiva. Sin embargo, aquí el argumento es más débil que el dado respecto de la posible existencia de discriminación por razón de sexo.

La sentencia alude a la STC 117/2011, de 4 de julio, que analiza la posible existencia de discriminación por razón de edad cuando se impide participar en los procedimientos de instalación de nuevas oficinas de farmacia a quienes hayan cumplido 65 años. La sentencia, que como es obvio no guarda relación directa con la cuestión planteada en casación para la unificación de doctrina, sirve al TS para llegar a la conclusión de que la lista de situaciones constitucionalmente protegidas por el art. 14 CE frente a discriminaciones no es cerrada, pudiendo incluirse innumerables supuestos en lo que el precepto considera *"cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*, entre las que se encuentra, entre otras, la edad. Y aquí se queda el argumento, sin entrar a profundizar si al igual que la edad, el estado civil entraría en la cláusula abierta del art. 14 CE.

[17] La sentencia aclara que *"es evidente que la suspensión del contrato de trabajo "para el personal femenino" por el hecho de contraer matrimonio, constituye discriminación por razón del sexo, pues no se hace derivar idéntica consecuencia en relación el personal masculino de la misma empresa que contrajera matrimonio".*

Consciente de la inexistencia de una solución por parte del TC de la cuestión planeada en casación unificadora, la Sala 4ª hace un rodeo, e intenta justificar la existencia de discriminación por razón del estado civil (matrimonio), con fundamento en la elaborada doctrina sobre discriminación por situaciones personales en el caso de despido de profesores de religión que no cumplen con el código de la iglesia católica y se divorcian. La cuestión se resolvió en la STC 51/2011, de 14 de abril, en que como consecuencia de la decisión del ordinario diocesano de no poner a la actora como profesora de religión para el siguiente curso escolar por haber contraído matrimonio civil con persona divorciada, el TC concluye que el despido es discriminatorio, pero centra su argumentación en la libertad religiosa, que nada tiene que ver con la cuestión ahora examinada, y vincula la prohibición de discriminación por otras condiciones o circunstancias personales o sociales del art. 14 CE con la libertad ideológica del art. 16.1 CE, derecho éste sí fundamental. Respecto del art. 32.1 CE, que es el que está en juego en el supuesto de la sentencia ahora comentada, la STC 51/2011, de 14 de abril señala que *"la virtualidad del art. 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere ala prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación, lo que no implica el establecimiento de una lista cerrada des supuestos de discriminación, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas"*. Y ahí queda el argumento, sin establecer conexión alguna, ni afirmar rotundamente -aunque ello pudiera deducirse del contenido de la sentencia- que el derecho a contraer matrimonio, en cuanto que éste es un estado civil, podría estar incluido entre los derechos respecto de los que no puede existir discriminación por cualquier otra *"condición o circunstancia personal o social"*, al otorgar amparo *"por vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales, a la libertad ideológica, en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida, y a la intimidad personal y familiar"*.

Dada la ausencia de una clara respuesta tanto por el TEDH como por el TC en relación a si el estado civil -en particular el matrimonio-, podría considerarse como una *"condición o circunstancia personal o social"* conforme a la cual no puede existir discriminación en términos del art. 14 CE, no le queda más remedio a la Sala 4ª que abordar la cuestión de manera frontal.

Así, concluye que se trata de una *"cláusula genérica final"*, que no incluye cualquier situación, sino aquellas circunstancias que *"históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas"*, pudiendo incluirse entre las causas por las que se pueden realizar actos que pueden ser considerados discriminatorios, la decisión de ejercer el derecho constitucional (no fundamental) a contraer matrimonio. La razón: que aunque el art. 14 CE no aluda al estado civil, la expresión *"cualquier otra condición o circunstancia personal o social"* permite incluir al mismo entre las circunstancias por las que no puede existir discriminación, máxime cuando conforme al CEDH y al TEDH, se ha reconocido al estado civil como una circunstancia por la que no puede existir discriminación, y el TC ha entendido que no puede existir un trato laboral desfavorable por la concertación de matrimonio civil con persona divorciada.

6. EL FALLO

En conclusión, la Sala 4ª del TS confirma la sentencia de suplicación que declaró la nulidad del despido de la actora por similares argumentos esbozados por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia: es nulo, por discriminatorio, el despido por el anuncio de celebración de matrimonio.

6.1. Matrimonio, mujer y discriminación por razón de sexo

Para reforzar el argumento de la existencia de discriminación en la decisión de extinguir el contrato de la actora tras el anuncio de celebración del matrimonio y solicitud del permiso pertinente, el TS aclara que la discriminación fue por razón de sexo, y ello por cuanto existe una íntima conexión entre matrimonio, mujer y trato desfavorable.

Para ello, vuelve al argumento de la STC 7/1983, de 14 de febrero, en relación al papel que histórica y sociológicamente ha jugado la mujer casada. Así, concluye que *"el matrimonio de la mujer se ha asociado al surgimiento de responsabilidad y "cargas" familiares, hasta el punto de realizar una "doble jornada", por ser la mujer "quien asumía mayoritaria y preferentemente la llevanza del hogar, la crianza de la prole y la atención a los mayores"*, lo que provocaba que para el empresario *fuera "menos interesante una empleada con estado civil de casada que soltera"*. Y conforme a dicha reflexión, concluye *que "la nulidad del despido (...) posee doble causalidad: discrimina a la mujer y represalia a quien ejerce su derecho"*.

6.2. Matrimonio, libertad y dignidad de la persona

Junto a ello, señala la sentencia que *"la libre elección del estado civil constituye un aspecto inherente a la dignidad y libertad de las personas (art. 10.1 CE), por lo que debe proscribirse el trato diferenciado en función de tal circunstancia"*, y vincula dicha libertad y dignidad al sexo, entendiendo que *"cuando se trata del matrimonio de la mujer (...) ya que no cabe argumentar en términos dubitativos, sino que debe afirmarse con claridad"*, de forma que el anudar consecuencias desfavorables laboralmente al anuncio de matrimonio, no es más que discriminar a las mujeres.

La conexión parece un tanto artificiosa. Es cierto que la libertad y dignidad de la persona deben respetarse en el ejercicio de los derechos vinculados al estado civil (matrimonio, separación, divorcio, nulidad matrimonial), derechos que no son inherentes únicamente a un determinado sexo. Cuando la sentencia vincula el matrimonio a la libertad y dignidad de la persona, lo hace para justificar la existencia de una posible discriminación contra las mujeres. Ello lleva a preguntarnos, nuevamente, si igualmente existiría discriminación por razón de sexo (por ser hombre), cuando el anuncio de matrimonio y la solicitud del permiso se realiza por un hombre. En el argumento de la sentencia, parece que ello no sería así desde una perspectiva de discriminación por razón de sexo, pero deja la puerta abierta a que sí lo pudiera ser por vulnerar la libertad y dignidad de la persona, derechos éstos fundamentales, a diferencia del derecho al matrimonio.

6.3. Matrimonio y maternidad

El último argumento que esboza la sentencia comentada para considerar discriminatorio el despido de una trabajadora que anuncia su matrimonio, guarda relación con la maternidad. De forma indirecta el TS anuda, en términos quizá ya arcaicos, matrimonio y maternidad, y lo justifica en el art. 33 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que protege frente al despido por razón de maternidad, señalando que *"en muchas ocasiones, el matrimonio de la mujer se subsume en tal categoría"*.

Sin embargo, y como se ha señalado anteriormente, no se necesita un concreto estado civil para ejercer derechos reproductivos o familiares (ser padre o madre), obedeciendo el matrimonio en el siglo XXI a una finalidad distinta a la que ha tenido históricamente. Si a ello se anuda el hecho de que en la actualidad están equiparados los permisos por nacimiento entre progenitores hombres y mujeres, unir matrimonio y maternidad a los efectos de entender que se está ante un supuesto de discriminación por razón de sexo (mujer), no parece excesivamente justificado cuando podría existir igual supuesto de discriminación en el supuesto del anuncio del matrimonio por parte de los hombres.

7. CONCLUSIONES

El Tribunal Supremo deja claro que el anuncio de contraer matrimonio es un supuesto de discriminación prohibido, lo que conlleva la nulidad del despido de la trabajadora. Lo que la sentencia no aborda, y de su fundamentación no parece deducirse una solución, es si igual calificación merecería el despido de un hombre que anunciara su matrimonio. La razón es que la sentencia fundamenta su decisión desde la perspectiva de la discriminación por razón de sexo, entendiendo que matrimonio y maternidad son elementos íntimamente relacionados, y recurriendo

al rol que la mujer casada ha jugado históricamente respecto del cuidado de la familia. En este siglo en que el permiso por nacimiento está equiparado entre mujeres y hombres, precisamente para evitar que la maternidad y los derechos asociados a la misma pudieran perjudicar a las mujeres en el ámbito laboral en detrimento de los hombres, el argumento podría resultar antiguo, como también podría serlo el hecho de que la maternidad se asocie al matrimonio.

Lo que se echa de menos en la sentencia comentada es una mayor fundamentación en torno a si el despido es además discriminatorio por razón del estado civil. Es cierto que la sentencia deja clara la vinculación entre ambas situaciones, e igualmente se deduce que además de un supuesto de discriminación por razón de sexo existiría una discriminación por esas otras "circunstancias personales o sociales" a que refiere el art. 14 CE, ahora bien, la conclusión se alcanza en este caso de una forma derivada.

El futuro nos dirá si la misma conclusión ´-despido nulo- se alcanzará en el supuesto del despido de un trabajador, hombre, que anuncia su matrimonio. Se espera con expectación la solución a dicha cuestión tras la sentencia ahora comentada.

8. BIBLIOGRAFÍA

CANO GALÁN, Y.: "La contradicción ordinaria, a fortiori y a posteriori como cauce para la unificación de doctrina", en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *El recurso de casación para la unificación de doctrina en el orden social de la jurisprudencia: un estudio a través de la jurisprudencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo* Madrid, BOE, 2020.

nº 3 (2º Trimestre 2022)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Viabilidad del ERE (o DOI) posterior a ERTE COVID-19 (a propósito de la STS [Social (Pleno)] de 22 de febrero de 2022)

Feasibility of the ERE (or DOI) after ERTE COVID-19 (regarding the STS [Social (Plenary)] of 22 February 2022)

JAIME DE LAMO RUBIO *Magistrado*
Doctor en Derecho
https://orcid.org/0000-0002-3097-3984

Cita sugerida: DE LAMO RUBIO, J. "Viabilidad del ERE (o DOI) posterior a ERTE COVID-19 (a propósito de la STS [Social (Pleno)] de 22 de febrero de 2022)". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 3 (2022):* 151-163.

Resumen

La normativa de emergencia surgida para dar respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia Covid-19 está generando nuevos escenarios de conflictividad jurídica; uno de ellos es el relativo a la interacción entre los ERE (en su caso DOI) y los ERTE por Covid; es decir, la transcendencia que, en orden a la regularidad jurídica de las medidas de flexibilidad externa, han de tener las previas medidas de flexibilidad interna adoptadas por la empresa para paliar los efectos de la citada pandemia. Las principales dudas en esta materia han surgido en torno a la posible vulneración de la denominada "prohibición de despedir", introducida por dicha normativa de emergencia; la doctrina está dividida y en cuanto a los pronunciamientos judiciales oscilan entre la improcedencia (postura mayoritaria) y la nulidad de los despidos; si bien aún no existe pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo. La STS [Social (Pleno)] de 22 de febrero de 2022, no llega a abordar esa cuestión; pero, en cambio, da respuesta a una situación que también se genera en esa relación dialéctica entre ERE (en su caso DOI) y previo ERTE Covid-19, cual es la relativa las extinciones basadas en causas ETOP que tienen naturaleza estructural y no meramente coyuntural, aunque estén relacionadas con el Covid-19; en cuyo caso, el Supremo estima que la empresa puede válidamente acudir a la aplicación de medidas de flexibilidad externa, siempre que acredite las causas ETOP estructurales, generalmente con origen en una situación anterior a la pandemia y, sin perjuicio de que ésta haya podido agravarlas.

Palabras clave

Despido objetivo; expediente de regulación de empleo; expediente de regulación temporal de empleo Covid19; "prohibición de despedir"; causas estructurales

Abstract

The emergency regulations that have arisen in response to the economic and social consequences of the Covid-19 pandemic are generating new scenarios of legal dispute. One of them concerns the interaction between the ERE (in its case DOI) and the ERTE due to Covid; that is to say, the transcendence that, in terms of the legal regularity of the external flexibility measures, the previous internal flexibility measures adopted by the company to alleviate the effects of the aforementioned pandemic must have. The main doubts in this matter have arisen around the possible violation of the "prohibition of dismissals", introduced by the emergency regulation. The doctrine is divided, and the judicial pronouncements oscillate between unfairness (majority position) and the nullity of the dismissals, although there is still no express pronouncement from the Supreme Court. The STS [Social (Plenary)] of 22 February 2022 does not address this question, rather it responds to a situation that is also generated in this dialectic relationship between ERE (in its case DOI) and previous ERTE Covid-19, which is that relating to terminations based on ETOP causes that are structural and not merely cyclical in nature, even if they are related to Covid-19. In this case, the Supreme Court considers that the company can validly resort to the application of external flexibility measures, as long as it can prove the structural ETOP causes, generally originating in a situation prior to the pandemic and, without prejudice to the fact that the pandemic may have aggravated them.

Keywords

Objective dismissal; employment regulation; temporary employment regulation Covid19; "prohibition of dismissal"; structural causes

Fecha Recepción: 03/05/2022 - Fecha Revisión: 13/05/2022 - Fecha Aceptación: 13/05/2022
Pags. 151-163

1. LA POLÉMICA SOBRE LAS CONSECUENCIAS DEL DESPIDO TRAS ERTE COVID

1.1. Planteamiento

Con la pandemia derivada de Covid-19 y sus consecuencias económicas, sociales y jurídicas[1], uno de los aspectos que ha suscitado más polémica doctrinal y jurisprudencial, en el ámbito laboral, es el relativo a la interacción entre los ERTE Covid-19, bien sean por FM o por causas ETOP, y el posterior despido fundado en causas objetivas, bien sea colectivo (ERE), o individual (DOI)[2].

La cuestión parte de lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo (BOE 29 de marzo), por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19, en que se regula la denominada "prohibición de despedir"[3], en los términos siguientes: *"La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido".* Dicho precepto fue prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2020 por el art. 7 del RDL 24/2020, de 26 de junio; hasta el 31 de enero de 2021 por el art. 6 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre; y finalmente hasta el 31 de mayo de 2021 por el art. 3.6 del RDL 2/2021, de 26 de enero[4].

En similares términos, si bien en relación con la crisis generada por la guerra en Ucrania, se pronuncia el art. 44 del RDL 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, que establece lo siguiente: *"En aquellas empresas beneficiarias de las ayudas directas previstas en el presente real decreto-ley, el aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido hasta el 30 de junio de 2022. El incumplimiento de esta obligación conllevará el reintegro de la ayuda recibida.- Asimismo, las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los*

[1] Un interesante estudio sobre la incidencia en las relaciones laborales, puede consultarse en: ARASTEY SAHÚN, L.: "Las relaciones laborales tras la declaración del Estado de Alarma por Coronavirus", *Diario La Ley*, nº. 9606, 2020.

[2] GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Extinciones pandémicas: el despido en la era COVID-19", *Trabajo y Derecho*, n.º 81, 2021; LOPEZ HORMEÑO, M. C.: "La prohibición de despedir durante el Covid-19. ¿Despido nulo o improcedente?", *Diario La Ley*, n.º 9818, 2021; POQUET CATALÁ, R., "Despido realizado contraviniendo el artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, ¿nulo o improcedente?", *Trabajo y Derecho*, n.º 74, 2021; RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.: "El despido por causas del Covid, ¿improcedente o nulo?", *Diario La Ley*, n.º 9791, 2021; VICENTE ANDRÉS, R.: "La problemática de los ERTE (fuerza mayor/ETOP) vinculados a la covid-19", *Trabajo y Derecho*, n.º 77, 2021; entre otras.

[3] En todo caso, es preciso matizar que consideramos que no es propiamente una "prohibición de despedir"; pues de serlo, la consecuencia seria la nulidad del despido; por eso nos referimos a ella como "...la denominada…"; y, no es una prohibición de despedir, por cuanto, de una parte, solo se refiere a unos determinados despidos, no a todos (la delimitación de esta cuestión, puede verse, entre otros, en GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Extinciones pandémicas: el despido en la era COVID-19", *op. cit,* y en LOPEZ HORMEÑO, M. C.: "La prohibición de despedir durante el Covid-19. ¿Despido nulo o improcedente?", *op. cit);* y, además, de otra parte, el precepto no se refiere propiamente a una prohibición, sino que se limita a decir que la FM y las causas ETOP utilizadas para el ERTE Covid-19 "*…no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido...",* lo que apunta a que los despidos obviando dicha norma -*en principio y sin perjuicio de las matizaciones que veremos-,* serían improcedente, por falta de causa (convenio 158 OIT).

[4] LOPEZ HORMEÑO, M. C.: "La prohibición de despedir durante el Covid-19. ¿Despido nulo o improcedente?", *op. cit.*

Trabajadores por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos"[5].

En consecuencia, consideramos que esta nueva norma temporal va a generar, en principio, problemas muy similares a la que está generando la interpretación del art. 2 del RDL 9/2020, dado que no aporta solución alguna -en términos de calificación jurídica de esas extinciones laborales-, a las consecuencias de la vulneración de esa denominada "prohibición de despedir".

1.2. Problemática interpretativa

De modo que, la problemática interpretativa de dicha normativa se traslada a la calificación que ha de darse al incumplimiento de tal precepto. Las posturas que se sostienen pueden sistematizarse en las siguientes[6]:

"…1.- Improcedencia: el razonamiento para declarar la improcedencia de la decisión extintiva estriba en la aplicación del artículo 122.1 de la LRJS, que no contempla la nulidad cuando las causas no son justificadas, sino la improcedencia [JS 26 Barcelona, de 31 de julio de 2020 (rec. 384/20)]. El principal argumento que se esgrime por esta posición jurisprudencial es que un despido sin causa es improcedente; pero no nulo. En este mismo parecer se pronuncia la SJS de Palma de Mallorca, núm. 4, de 31 de agosto 2020 (rec. 304/2020)]; la SJS Soria núm. 1 de 9 de septiembre 2020 (rec. 216/2020), la SJS/1 Ponferrada 9 de octubre 2020 (rec. 225/2020), la SJS/1 León 1 de octubre 2020 (rec. 253/2020), la SJS de Palencia núm. 1 de octubre 2020 (rec. 281/2020) la SJS Oviedo núm.1, de 19 de octubre 2020 (rec. 295/2020), SJS de Pamplona núm.3, de 21 de diciembre 2020 (rec. 637/2020)… entre otras.

2.- Nulidad: se estima su concurrencia cuando se ha producido el despido en fraude de ley, con base en el artículo 6.4 del CC [JS 3 Sabadell, de 6 de julio de 2020 (rec. 316/2020); STSJ País Vasco (Social), de 23 de febrero de 2021 (rec. 57/2021)].

3.- Otra interpretación jurisprudencial, como vía que se podría denominar intermedia, es la exclusión o no aplicación del artículo 2 RDL 9/2020, al considerar que el mismo únicamente es de aplicación a los supuestos del artículo 22 del RDL 8/2020 y por tanto que «tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia de la covid-19», de modo que la norma no es aplicable cuando la covid-19 no es causa directa, [STSJ Cataluña Sala de lo Social, de 11 de diciembre de 2020 (rec. 50/2020)]…"

En todo caso, es preciso destacar que a fecha del presente trabajo no se conoce aún cual es el criterio del Tribunal Supremo sobre esta cuestión; incluso en la sentencia objeto de comentario en el presente, se indica *"...se declara nulo el despido colectivo por vulneración de la garantía de indemnidad, deviniendo irrelevante el examen de la alegación de la parte recurrente relativa a que*

[5] Medidas que se justifican en la exposición de motivos del RDL 6/2022, en los siguientes términos: *"...El título IV, por su parte, recoge diversas medidas de apoyo a trabajadores y colectivos vulnerables. Por lo que se refiere a las medidas de protección de las personas trabajadoras, la situación que en las empresas pueda causar la invasión de Ucrania o el aumento de los precios o costes energéticos, lleva consigo importantes distorsiones económicas.- Esta situación de carácter coyuntural y extraordinario debe ser atendida con los recursos disponibles en el ordenamiento laboral, en particular, los previstos en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores; pero además y como ha puesto de manifiesto la experiencia de los expedientes ligados a la crisis de la COVID-19 también resulta necesario, para proteger el empleo de manera suficiente, establecer una serie de medidas complementarias y extraordinarias que garanticen su efecto útil que no es otro que evitar la destrucción del empleo y del tejido empresarial ante una situación que podría tener efectos económicos y sociales imprevisibles.- De manera que a la posibilidad de acudir a los expedientes de regulación temporal de empleo previstos en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, y de aplicar, en su caso, las ventajas asociadas a estas medidas de flexibilidad en una situación que hace previsible su utilización significativa deben acompañarse medidas complementarias de cautela adicional que se entienden precisas para garantizar la necesaria protección social, evitando despidos y destrucción de puestos de trabajo…"*

[6] VICENTE ANDRÉS, R.: "La problemática de los ERTE (fuerza mayor/ETOP) vinculados a la covid-19", *Trabajo y Derecho*, *op. cit.*

los despidos colectivos que vulneran el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 deben declararse no ajustados a derecho…"[7]

De otra parte, resulta de sumo interés a los efectos del presente, la consideración que efectúa la doctrina en relación con que *"…se ha sostenido que dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que no puede referirse, sino al período durante el cual estén vigentes las medidas que justifican la fuerza mayor o las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.-Por tanto, podría acordarse una decisión extintiva cuando las causas (económicas, técnicas, organizativas o de producción), no solo responde a las que motivaron el ERTE, sino también a causas sobrevenidas que agravan las previas [STSJ, Sala de lo Social, Aragón, de 15 de febrero de 2021 (rec. 679/2020)]…"*[8]. Precisamente sobre este ámbito de decisión gira, en parte, la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta de 22 de febrero de 2022, a la que nos referimos a continuación.

2. LA STS [SOCIAL (PLENO)] DE 22 DE FEBRERO DE 2022

2.1. La sentencia

La STS [Sala 4ª (Pleno)] de 22 de febrero de 2022 [rec. 232/2021] [ECLI:ES:TS:2022:794] [JUR 2022\98302], se dicta en un recurso de casación ordinario contra la STSJ País Vasco (Sala de lo Social) de 4 de mayo de 2021 (autos 06/2021 y acumulados [AS 2021\1826]), sobre despido colectivo a instancia de los sindicatos Confederación Sindical de CCOO de Euskadi, la Central Sindical LAB y la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (FICA- UGT) contra la empresa Precision Casting Bilbao SAU (PCB), que *había declarado nulo el ERE seguido por la empresa por vulneración de la "prohibición de despedir" tras denegación judicial de un ERTE-Covid-19*; finalmente, el TS declara *nulo el despido colectivo por vulneración de la garantía de indemnidad, deviniendo irrelevante el examen de la alegación de la parte recurrente relativa a que los despidos colectivos que vulneran el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 deben declararse no ajustados a derecho*[9].

[7] *In fine* del párrafo quinto del apartado 3 del FD Séptimo de la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta de 22 de febrero de 2022, a la que nos referiremos a continuación.

[8] VICENTE ANDRÉS, R.: "La problemática de los ERTE (fuerza mayor/ETOP) vinculados a la covid-19", *Trabajo y Derecho*, op. cit.

[9] Dicha decisión se fundamenta del siguiente modo: *"…3.- En el supuesto enjuiciado, se ha acreditado la existencia de indicios de que se ha producido una vulneración de la garantía de indemnidad de los trabajadores, puesto que sus representantes impugnaron el ERTE acordado por la empresa PCB, se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social declarándolo nulo en fecha 11 de septiembre de 2020 y el 12 de noviembre de 2020 la empresa comunicó su intención de iniciar un proceso de despido colectivo, que comenzó en fecha 24 de noviembre de 2020. Dicha conexión temporal es un indicio de la vulneración de la garantía de indemnidad.- El empleador no ha aportado una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de que el despido colectivo es ajeno a la vulneración de la garantía de indemnidad. En el escrito de interposición del recurso de casación unificadora el empleador combate dicho indicio alegando que el grupo mercantil había anunciado en fecha 23 de julio de 2020 la necesidad de adaptarse a un mercado de menor tamaño. Pero se trata de una alegación carente de sustento en el relato fáctico de instancia, lo que impide estimarla.- En el hecho probado décimo se explica que el día 22 de septiembre de 2020 se emitió informe de auditoría en el que se mencionaba que el Grupo ITP tenía intención de reducir en un 15% su plantilla. El citado informe de auditoría reproduce las Cuentas Anuales de PCB, en las que se hace referencia a dicha intención de reducción de plantilla. Se trata de un documento de fecha posterior a la declaración de nulidad del ERTE que tampoco justifica que el despido colectivo fuera ajeno a la vulneración de la garantía de indemnidad.- El relato histórico de instancia, con las adiciones efectuadas al estimar los motivos de revisión fáctica casacional, revela que la empresa reaccionó a la nulidad del ERTE tramitando un despido colectivo, sin acreditar que las causas fueran estructurales y sin aportar una justificación objetiva y razonable de que dicho despido era ajeno a la vulneración de derechos fundamentales…"* (apartado 3 del FD Séptimo de la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta de 22 de febrero de 2022, a la que venimos refiriéndonos).

2.2. Los hechos relevantes

A pesar de que la sentencia comentada declara nulo el despido -por vulneración de la garantía de indemnidad-, y evita pronunciarse sobre la nulidad o improcedencia en caso de interacción ERE-ERTE Covid, por las mismas causas[10], en cambio, contiene un interesante análisis sobre la concurrencia de un ERE con previo ERTE Covid-19 -que consideramos, en su caso, también aplicable a los DOI concurrente con previa ERTE Covid-19-, que resultan de gran interés, pues resuelve una de las cuestiones que esta normativa de emergencia ha generado en la interpretación de las extinciones de contratos por causas objetivas producidos tras haber estado incluida la empresa en un ERTE Covid.

Los hechos relevantes a estos efectos son, resumidamente, los siguientes: a) la empresa tramitó ERE que finalizó por acta de 23 de diciembre de 2020, sin acuerdo, afectando a 87 trabajadores y otros 3 cautelarmente, e indicándose que los despido se llevarían a cabo entre el 18 de enero de 2021 y el 31 de marzo de 2021; y, b) dicha empresa había tramitado ERTE-Covid19 iniciado el 11 de mayo de 2020; dicha decisión fue declarada nula por sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao de 11 de septiembre de 2020, confirmada por STSJPV de 20 de abril de 2021, salvo su calificación, que fue de injustificada.

2.3. La fundamentación jurídica

Por lo que se refiere a la cuestión objeto de estudio, resulta conveniente destacar la fundamentación jurídica que se contiene en la sentencia comentada.

"…QUINTO.- 1.- En el siguiente motivo del recurso se denuncia la vulneración del *art. 51.1* y *51.2 del Estatuto de los Trabajadores* (en adelante ET), del *art. 1 del Real Decreto 1483/2012*, del *art. 124.11 de la LRJS* y de la jurisprudencia que cita, alegando que concurren causas económicas y productivas que determinan que el despido colectivo deba calificarse de ajustado a derecho. La empresa sostiene que existe un excedente estructural de plantilla que debe afrontarse mediante un despido colectivo.

2.- El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, dispone:

a) Art. 22.1: "Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor [...]".

b) Art. 23.1: "En los supuestos que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19, se aplicarán las siguientes especialidades [...]".

c) Disposición adicional 6ª, que establece una cláusula de "salvaguarda de 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

[10] De este modo, la STS comentada, tras declarar que procede la nulidad del ERE por vulneración de la garantía de indemnizada, añade *"…deviniendo irrelevante el examen de la alegación de la parte recurrente relativa a que los despidos colectivos que vulneran el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 deben declararse no ajustados a derecho…*" (*in fine* del último párrafo del apartado 3 del FD Séptimo); perdiéndose de, este modo, una oportunidad de clarificar por parte del TS esta importante cuestión.

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 [...]

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."

Este compromiso se extendió a los ERTE basados en el *art. 23 del Real Decreto-ley 8/2020,* que se han beneficiado de las exoneraciones de cuotas (*arts. 5 del Real Decreto-ley 30/2020*).

3.- La exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2020 y de la Ley 3/2021 explica que "estamos ante un momento de enfriamiento de la actividad productiva acotado por la situación excepcional por la que atravesamos, con motivo de la crisis del COVID-19 y, por tanto, que esta situación va a tener una duración limitada y sujeta a un periodo de tiempo concreto. Por esta razón, se establecieron medidas extraordinarias y excepcionales en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, con el objetivo de garantizar que los efectos de la crisis sanitaria no impidan el restablecimiento de la actividad empresarial y la del empleo. En este sentido, y no obstante la vigencia de las diversas causas de despido y extinción de los contratos previstas en la normativa laboral, el Gobierno reforzó los procedimientos de suspensión y reducción de jornada, agilizándolos y flexibilizándolos, con el objetivo de que las causas a las que se refieren los *artículos 22* y *23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo*, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual."

El *art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020* y de la Ley 3/2021 estatuye: "La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los *artículos 22* y *23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo*, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido".

Ese precepto ha sido objeto de sucesivas prórrogas. En la fecha del despido colectivo (7 de enero de 2021) estaba vigente por aplicación de lo dispuesto en el *art. 6 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre* . Continúa vigente en la fecha de la presente sentencia.

4.- La exposición de motivos del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, explica la finalidad de todo el acervo normativo relativo a la pandemia: "toda la normativa adoptada por causa del COVID-19, cuyo pilar o eje fundamental está constituido por las medidas de flexibilidad interna, de carácter coyuntural, ha tenido por objetivo estabilizar el empleo, evitar la destrucción de puestos de trabajo y sostener el tejido productivo, a través además de una flexibilización de los mecanismos precisos, evitando cargas adicionales innecesarias."

5.- La *sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 16 de diciembre de 2021, recurso 210/2021*, desestimó los recursos de casación ordinarios interpuestos por dos sindicatos contra una sentencia que había declarado ajustado a derecho el despido colectivo efectuado por la empresa Alestis Aerospace SL el día 1 de diciembre de 2020, la cual había alcanzado un acuerdo con los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas. Dicha empresa había tramitado un ERTE. Este tribunal argumentó:

"*las causas de producción que justifican el ERTE son de carácter coyuntural, en tanto las que sustentan el ERE son de naturaleza estructural. En efecto, la medida de suspensión de contratos, que afectó a todos los centros de trabajo, adoptada con acuerdo el 25 de mayo de 2020,*

por concurrencia de causas productivas y que se extendió hasta el 31 de octubre de 2020 [...] obedeció a la incertidumbre existente sobre cuál iba a ser el efecto de la pandemia en el sector aeronáutico en el último trimestre de 2020, ya que el principal cliente de la empresa AIRBUS -96% de los ingresos de la empresa- no había efectuado comunicación alguna en dicha fecha, por lo que la empresa toma la decisión de adoptar una medida de carácter temporal -ERTE- ante la imposibilidad de conocer el efecto que se iba a producir a medio y largo plazo [...] Las causas productivas que justifican el ERE son de carácter estructural, ya que la reducción de las unidades a producir comunicada de forma oficial y definitiva por el principal cliente AIRBUS a la empresa ALESTIS AEROSPACE SL se refieren a un extenso espacio temporal que, por lo tanto, no resulta justificativo, ni está previsto, para la adopción de medidas temporales -ERTE-, constituyendo causa justificativa de un despido colectivo."

Por tanto, en el citado supuesto se había acreditado por la empresa la existencia de causas productivas de naturaleza estructural que justificaban el despido colectivo consistentes en la comunicación oficial y definitiva del principal cliente de la reducción de carga de trabajo.

"SEXTO… […]

…4.- La situación excepcional causada por la pandemia derivada del COVID-19 conllevó que se dictara una normativa específica. El *art. 23 del Real Decreto-ley 8/2020* estableció medidas excepcionales aplicables a los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19.

El *art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020* dispone que las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de flexibilidad interna de los *arts. 22* y *23 del Real Decreto-ley 8/2020* "no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido".

Estas normas pretendían impulsar los ERTE, así como una pluralidad de medidas sociales, puesto que la situación de emergencia se preveía temporal.

5.- La naturaleza coyuntural y temporal de los ERTE, que no son idóneos para afrontar una situación empresarial en la que concurren causas estructurales y definitivas, no ha quedado desvirtuada por la legislación excepcional aprobada para hacer frente a la pandemia.

La exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2020 (y de la Ley 3/2021) manifiesta: "no obstante la vigencia de las diversas causas de despido y extinción de los contratos previstas en la normativa laboral, el Gobierno reforzó los procedimientos de suspensión y reducción de jornada". Las citadas normas refuerzan los mecanismos de flexibilidad interna pero no elimina, sino que subsisten, las diversas causas de despido previstas en la normativa laboral.

El necesario equilibrio entre el derecho al trabajo y la libertad de empresa que la *Constitución protege (arts. 35* y *38*) está recogido en esas normas. La arquitectura de los ERTE descansa en la temporalidad y coyunturalidad de sus causas, lo que hace que no sean idóneos para afrontar situaciones definitivas y estructurales. La tesis contraria, en vez de preservar el empleo, podría perjudicar la continuidad y viabilidad de la actividad empresarial.

Aunque ubicado en el precepto sobre "Carácter preferente del trabajo a distancia" (*art. 5º) el Real Decreto-ley 8/2020* explicitó el principio que debe presidir la interpretación de la regulación a que venimos refiriéndonos: "Las medidas excepcionales de naturaleza laboral que se establece en la presente norma tienen como objetivos prioritarios garantizar que la actividad empresarial las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria". De este modo, si la empresa acredita que sus problemas son de tal índole que no cabe pensar en la reanudación de la actividad productiva tras un periodo suspensivo es claro que el despido basado en tales causas quedaría expedito.

En cumplimiento de los citados preceptos, no cabe aducir como causa de despido aquélla que deriva de la pandemia y es esencialmente temporal, en cuyo caso el empresario debe proceder a las suspensiones o reducciones de jornada de carácter temporal. Sin embargo, aunque las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción estén relacionadas con el COVID-19, si se acredita que son objetivamente definitivas y que han adquirido una sustantividad propia incompatible con la temporalidad propia de los ERTE, en tal caso la empresa sí que podrá acordar el despido colectivo (u objetivo).

La cláusula de salvaguarda de empleo establecida en la *disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020*, inicialmente aplicable a los ERTE por fuerza mayor del *art. 22 de esa norma y posteriormente extendida a los ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción del art. 23 del Real Decreto-ley 8/2020* que se han beneficiado de las exoneraciones de cuota; revela que si la empresa acredita que las causas son estructurales y no meramente coyunturales, los ERTE no constituyen una medida idónea para afrontarlas.

En caso contrario, al finalizar las prórrogas del *art. 2 de la Ley 3/2021*, la empresa se encontraría con un exceso de plantilla estructural y con una salvaguarda de empleo que supondría que debería mantener el empleo durante seis meses desde la reanudación de la actividad.

En aquellos supuestos en que los efectos económicos de la pandemia tengan consecuencias tan negativas que impidan la pervivencia de toda o parte de la actividad anterior, el acceso a un ERTE resultaría una medida paliativa insuficiente. **No puede exigirse a una empresa que sufra esas dificultades que siga manteniendo íntegra toda su plantilla mediante ERTE durante un prolongado lapso temporal, lo que podría afectar al mantenimiento definitivo del empleo**.

Por ello, no compartimos la afirmación de la sentencia recurrida de que "con la legislación sobre la pandemia [...] todas las situaciones van a ser coyunturales, salvo las que se producen en una tesitura independiente de la pandemia".

Si la empresa prueba que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que **tienen naturaleza estructural** *y no meramente coyuntural*, aunque estén relacionadas con el COVID-19, **deberá proceder al despido colectivo y no a una suspensión de contratos cuya duración limitada en el tiempo no responde a la naturaleza atemporal de dichas causas**. Ello, con independencia de que pueda compartirse la idea, quizá implícita en la valoración de que discrepamos, de que en esa situación resultará especialmente pertinente que los poderes públicos se esfuercen en sus políticas de formación y readaptación profesionales (*art. 40.2 de la CE*) o de que perfeccionen la protección frente al desempleo (*art. 41 de la CE*).

6.- Es importante clarificar la carga de la prueba. El ordenamiento ha priorizado la adopción de medidas de flexibilidad interna bajo el presupuesto de que nos encontramos ante una situación coyuntural y no estructural que exija medidas más traumáticas para el empleo. El legislador de excepción solamente permite la adopción de medidas de flexibilidad de salida cuando no sea posible afrontar la crisis empresarial mediante las citadas medidas de flexibilidad interna.

Por tanto, en los despidos colectivos realizados durante la vigencia de la pandemia que estén relacionados con el COVID-19, incumbe a la empresa acreditar, con arreglo a las reglas de carga de la prueba del *art. 217 de la LEC* y, en particular, la facilidad y disponibilidad probatoria, que las circunstancias que motivaron el despido colectivo son estructurales y no meramente coyunturales: que las medidas de flexibilidad interna de los *arts. 22* y *23 del Real Decreto-ley 8/2020* son realmente insuficientes para paliar su situación crítica. Si así lo hace, cumpliendo con el resto de requisitos legales, la calificación del despido no podrá ser otra que la de ajustado a derecho. Dicho abiertamente: lo que, de ordinario, constituye un deber empresarial aquí aparece reforzado con especial énfasis, precisamente, por la necesidad de acreditar que no están subsumiéndose en el despido supuestos que concuerdan con las exigencias de una mera suspensión.

En resumen, si concurren las causas coyunturales previstas en los *arts. 22* y *23 del Real Decreto-ley 8/2020* no se considerará justificado el despido o la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, sino que dichas circunstancias facultan, en su caso, para proceder a la suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor (art. 22) o para la suspensión o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 23). Por el contrario, si la empresa acredita la existencia de una situación estructural, sí que puede acordar el despido colectivo…".

2.4. Las consecuencias

En el caso analizado por la STS [Sala 4ª (Pleno)] de 22 de febrero de 2022 [rec. 232/2021], comentada, finalmente no se considera acreditado por la empresa que las causas alegadas para fundar el ERE sean estructurales; pero, la doctrina que se explaya en la misma, es de actual y plena aplicación y además consolida la ya aplicada en la STS [Sala 4ª (Pleno)] de 16 de diciembre de 2021 [rec. 210/2021] [RJ 2022\139], que se cita en la comentada[11].

3. APLICACIÓN DE LA ANTERIOR JURISPRUDENCIA

Precisamente, en la **Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de León de 21 de marzo de 2022 (DOI 850/2021) [ECLI: ES:JSO:2022:33],** se aplica la misma, dando por respuesta la declaración de procedente del despido objetivo enjuiciado en dicho proceso social.

Se trataba de una pequeña empresa, en relación con la cual se acredito que "…*Las cuentas anuales del ejercicio 2018 arrojaron un importe neto de la cifra de negocios de 684.048,81 euros y unas pérdidas de 593.135,74 euros; pérdidas fueron derivadas de un proceso de revisión e inventario que tuvo que hacer el liquidador nombrado judicialmente, por el cual se pudo comprobar que las existencias que venían siendo reflejadas en las cuentas anuales de los últimos ejercicios no eran acordes a las realmente existentes; y, por tanto, se hizo una regularización de dichas existencias, obteniendo un desfase de en torno a 600.000* euros, *lo cual motivó la obtención*

[11] La sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 16 de diciembre de 2021 [recurso 210/2021] [RJ 2022\139], desestimó los recursos de casación ordinarios interpuestos por dos sindicatos contra una sentencia que había *declarado ajustado a derecho el despido colectivo* efectuado por la empresa Alestis Aerospace SL el día 1 de diciembre de 2020, la cual había alcanzado un acuerdo con los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas, habiendo tramitado previamente un ERTE Covid-19, y lo hizo argumentando, básicamente, lo siguiente: *"…las causas de producción que justifican el ERTE son de carácter coyuntural, en tanto las que sustentan el ERE son de* naturaleza estructural. *En efecto, la medida de suspensión de contratos, que afectó a todos los centros de trabajo, adoptada con acuerdo el 25 de mayo de 2020, por concurrencia de causas productivas y que se extendió hasta el 31 de octubre de 2020 [...] obedeció a la incertidumbre existente sobre cuál iba a ser el efecto de la pandemia en el sector aeronáutico en el último trimestre de 2020, ya que el principal cliente de la empresa AIRBUS -96% de los ingresos de la empresa- no había efectuado comunicación alguna en dicha fecha, por lo que la empresa toma la decisión de adoptar una medida de carácter temporal -ERTE- ante la imposibilidad de conocer el efecto que se iba a producir a medio y largo plazo [...] Las causas productivas que justifican el ERE son de carácter estructural, ya que la reducción de las unidades a producir comunicada de forma oficial y definitiva por el principal cliente AIRBUS a la empresa ALESTIS AEROSPACE SL se refieren a un extenso espacio temporal que, por lo tanto, no resulta justificativo, ni está previsto, para la adopción de medidas temporales -ERTE-, constituyendo causa justificativa de un despido colectivo…";* en similar sentido, STSJ Cataluña 21 de diciembre 2021 [rec. 6271/2021] [JUR 2022\26551], en la que se lee lo siguiente *"…no vemos ninguna dificultad en que una empresa que haya hecho uso de un ERTE por causa de fuerza mayor sustentada en la pandemia, pueda luego hacer uso de las posibilidades del despido objetivo, bien una vez haya finalizado el ERTE, o bien -de pretender la extinción vigente el periodo de suspensión- acreditando que la causa que ahora alega no es la misma que se haya utilizado para hacer uso de las posibilidades que le ofrecían dichas normas excepcionales; es decir, que la causa de la extinción (la dificultad económica) no es la que se utilizó para la suspensión; en tal caso, es más que evidente que para soslayar la prohibición expresa del artículo 2 del R.D. Ley 9/2020, la empresa correrá con la carga de probar que la causa de la segunda decisión hechos distintos a la primera. De no ser así, la consecuencia será la declaración de improcedencia del despido…";* si bien, en este caso, se mantuvo la declaración de improcedencia, al no considerarse probado por la empresa causas distintas a la del ERTE, para amparar el ERE.

de un resultado tan abultado de pérdidas, dichas pérdidas no eran imputables exclusivamente al ejercicio 2018, sino que se venían arrastrando durante una serie de años anteriores, sin poder concluir ni desde cuándo ni en qué medida; en el ejercicio 2019, se acreditan pérdidas de 63.716,91 euros; en el ejercicio 2020, las pérdidas son de 68.874,93 euros; en el ejercicio 2021 (a 30/09/2021), se evidencian pérdidas de 65.000,00 euros; por lo que se refiere a la cifra de negocio la misma disminuyo un 3,41% en el año 2019 (660.668,67 euros), respecto del año 2018 (684.041,81 euros); un 44,52 % en el año 2020 (366.495,00 euros) respecto de 2019 y un 40,41% en el año 2021 (393.688,36 euros), también respecto de 2019, año inmediatamente anterior al inicio de la crisis económica derivada de la pandemia covid19…"

También se declara probado que "…la empresa demandada, con anterioridad al DOI impugnado en este proceso, presentó dos solicitudes de ERTE con fechas de inicio el 18 de marzo de 2020 y 6 de junio de 2020 (*esta última complementaria de la anterior, para incorporar a una trabajadora, que estaba en IT*), y finalización el día del levantamiento del estado de alarma declarado por el Gobierno y las eventuales prórrogas o modificaciones del mismo que, en su caso, pudieran acordarse. El ERTE promovido por empresa se sustentaba en la causa de fuerza mayor por una "*paralización total de su actividad por motivo de que el 90 por 100 de su volumen de operaciones se realiza con establecimientos que se encuentran dentro de la relación de actividades cuya apertura al público queda suspendida con arreglo a lo dispuesto en el art. 10.3 y enumeradas en el anexo del Real Decreto 463/2000, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis humanitaria ocasionada por la COVID-19*" y también por "*la decisión de la empresa de suspender la atención de venta minorista en la propia bodega que supone el 10 por 100 restante de las operaciones*" (así resulta de la memoria de solicitud del ERTE)…"

Partiendo de estos esenciales hechos, y por lo que se refiere a la calificación del despido impugnado, en dicha sentencia se razona lo siguiente:

En el FD Tercero, tras exponer la doctrina jurisprudencial emanada de la STS [Sala 4ª (Pleno)] de 22 de febrero de 2022 [rec. 232/2021], que venimos comentando, *se rechaza la petición de nulidad del despido*, en los siguientes términos (apartados 2 y 3 de dicho FD):

"…2. En el presente caso, resulta que la empresa ha probado que las causas en que se funda el DOI impugnado **son estructurales** *-como analizaremos más en detalle en el siguiente fundamento de derecho-,* y, por tanto, *distintas a las que se sustentó el ERTE, que eran coyunturales*. De este modo, resulta acreditado que la empresa demandada, con anterioridad al DOI impugnado en este proceso, presentó dos solicitudes de ERTE con fechas de inicio el 18 de marzo de 2020 y 6 de junio de 2020 (*esta última complementaria de la anterior, para incorporar a una trabajadora, que estaba en IT*), y *finalización el día del levantamiento del estado de alarma declarado por el Gobierno y las eventuales prórrogas o modificaciones del mismo que, en su caso, pudieran acordarse*. El ERTE promovido por empresa se sustentaba en la causa de fuerza mayor por una "*paralización total de su actividad por motivo de que el 90 por 100 de su volumen de operaciones se realiza con establecimientos que se encuentran dentro de la relación de actividades cuya apertura al público queda suspendida con arreglo a lo dispuesto en el art. 10.3 y enumeradas en el anexo del Real Decreto 463/2000, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis humanitaria ocasionada por la COVID-19*" y también por "*la decisión de la empresa de suspender la atención de venta minorista en la propia bodega que supone el 10 por 100 restante de las operaciones*" (así resulta de la memoria de solicitud del ERTE); de donde resulta con claridad que el ERTE presentado por la empresa se sustentaba en la **causa coyuntural**, consistente en fuerza mayor por una "*paralización total de su actividad" derivada de la declaración del estado de alarma y sus consecuencias.*

Sin embargo, de acuerdo con la carta de despido -cuyos hechos objetivos han sido probados en este proceso social- resulta que *la crisis económica de la empresa ya venía arrastrada y era previa a la situación de la pandemia* y al resto de medidas que limitó su actividad, pues en mayo del

año 2019, la empresa se vio inmersa en un proceso de liquidación judicial, y ello, debido a la falta de entendimiento existente entre los dos socios copropietarios de la empresa, cada uno al 50% del capital social, produciéndose en ese momento el nombramiento judicial de la figura de un "Liquidador", quién asumiría todas las funciones de administración de la sociedad en tanto en cuanto durara dicho proceso; culminando dicho proceso culminó a finales del ejercicio 2020, con la adquisición por parte de Juana del 100% del capital social, la reactivación de la sociedad y su nombramiento como administradora única; de modo que la crisis derivada de la situación Covid19 (iniciada en mediados de marzo de 2020) fue un elemento potenciador de la crisis económica de la empresa **que ya venía arrastrando niveles de pérdidas totalmente insostenibles,** como veremos en el siguiente fundamento de derecho. En definitiva, estamos en presencia de una **causa estructural**.

Por cuanto antecede, y aplicando la doctrina de unificación emanada de la **STS [Sala 4ª (Pleno)] de 22 de febrero de 2022 [rec. 232/2021],** ya citada, resulta que *"…no puede exigirse a una empresa que sufra esas dificultades que siga manteniendo íntegra toda su plantilla mediante ERTE durante un prolongado lapso temporal, lo que podría afectar al mantenimiento definitivo del empleo…";* lo que determina, en este caso, el rechazo de la pretensión de declaración de nulidad del despido, postulada por el demandante…"

Finalmente, por lo que se refiere a la procedencia o no del despido, en el FD Cuarto, *se declara la procedencia* del despido objetivo, con la siguiente esencial fundamentación (epígrafes 5.1. 5.2 y 5.5):

"…5.1. Entrando ya a analizar lo relativo a la procedencia o no del despido por causas sustantivas, resulta que, en el *caso de autos*, la empresa demandada ha explicitado, en la carta de despido, las causas de carácter objetivo en que ha fundado la decisión extintiva de la relación laboral, de modo que en la comunicación de la extinción del contrato se indica al trabajador que la empresa se ve en la necesidad de objetiva de amortizar el puesto de trabajo del demandante, al amparo del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, por causas económicas y, además, ha acreditado los requisitos exigidos al efecto, pues se ha acreditado ampliamente la *situación económica negativa*, conforme exige el art. 51 ET/2015, por cuanto se ha acreditado que los datos económicos relevantes de la empresa son los siguientes: *Las cuentas anuales del ejercicio 2018 arrojaron un importe neto de la cifra de negocios de 684.048,81 euros y unas pérdidas de 593.135,74 euros; estas importantes pérdidas fueron derivadas de un proceso de revisión e inventario que tuvo que hacer el liquidador nombrado judicialmente, por el cual se pudo comprobar que las existencias que venían siendo reflejadas en las cuentas anuales de los últimos ejercicios no eran acordes a las realmente existentes; y, por tanto, se hizo una regularización de dichas existencias, obteniendo un desfase de en torno a 600.000* euros, *lo cual motivó la obtención de un resultado tan abultado de pérdidas; de modo que, dichas pérdidas no eran imputables exclusivamente al ejercicio 2018, sino que se venían arrastrando durante una serie de años anteriores, sin poder concluir ni desde cuándo ni en qué medida;* en el ejercicio 2019, se acreditan pérdidas de 63.716,91 euros; en el ejercicio 2020, las pérdidas son de 68.874,93 euros; en el ejercicio 2021 (a 30/09/2021), se evidencian pérdidas de 65.000,00 euros; por lo que se refiere a la cifra de negocio la misma disminuyo un 3,41% en el año 2019 (660.668,67 euros), respecto del año 2018 (684.041,81 euros); un 44,52 % en el año 2020 (366.495,00 euros) respecto de 2019 y un 40,41% en el año 2021 (393.688,36 euros), también respecto de 2019, año inmediatamente anterior al inicio de la crisis económica derivada de la pandemia covid19; es decir, se ha acreditado la existencia de pérdidas actuales y también la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, por lo que se cumple ampliamente con las exigencias del art. 51.1 ET, al que se remite el art. 52.c) ET, resultando evidente que concurre la conexión de razonabilidad, en los términos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que hemos recesando más arriba

5.2. También concurre la *causa productiva* alegada en la carta de despido, entendida en el sentido de cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende

colocar en el mercado (art. 51.1 ET, al que se remite el art. 52.c) ET) se infiere de la disminución persistente de la cifra de negocio, a que ya nos hemos referido, pues si la misma disminuyo un 3,41% en el año 2019 (660.668,67 euros), respecto del año 2018 (684.041,81 euros); un 44,52 % en el año 2020 (366.495,00 euros) respecto de 2019 y un 40,41% en el año 2021 (393.688,36 euros), también respecto de 2019, año inmediatamente anterior al inicio de la crisis económica derivada de la pandemia covid19, sin duda dicha importante disminución evidencia esos cambios negativos para la empresa en la demanda de sus productos.

[…]

5.5. De cuanto antecede, se evidencia que la situación de la empresa resultaba mucho más negativa a la fecha de despido del actor (octubre de 2021) que a la fecha de inicio del ERTE vigente en la empresa (marzo de 2020), concurriendo un cambio relevante y sustancial de sus circunstancias económicas y financieras que *no guardan relación directa con la crisis económica derivada del covid19* y sí con la delicada situación estructural de la empresa, como ya hemos explicado más arriba, al analizar las causas del despido objetivo alegadas por la empresa; lo que puesto en relación con lo ya razonado en el fundamento de derecho tercero, reafirma lo allí expuesto sobre que *"…no puede exigirse a una empresa que sufra esas dificultades que siga manteniendo íntegra toda su plantilla mediante ERTE durante un prolongado lapso temporal, lo que podría afectar al mantenimiento definitivo del empleo…" (*STS [Sala 4ª (Pleno)] de 22 de febrero de 2022 [rec. 232/2021], ya citada)…"

4. CONCLUSIONES

La STS [Sala 4ª (Pleno)] de 22 de febrero de 2022 [rec. 232/2021], que confirma la jurisprudencia explayada en la STS [Sala 4ª (Pleno)] de 16 de diciembre de 2021 [rec. 210/2021], viene a concluir que *"…no puede exigirse a una empresa que sufra esas dificultades que siga manteniendo íntegra toda su plantilla mediante ERTE durante un prolongado lapso temporal, lo que* **podría afectar al mantenimiento definitivo del empleo***…"; es decir, la limitación de despedir no se considera vulnerada, cuando el ERE o DOI se basa en causas estructurales y distintas de las causas coyunturales que dieron lugar al ERTE-FM o ETOP por Covid19, correspondiendo a la empresa acreditar dichos extremos. De modo que, en estos casos, acreditadas dichas circunstancias y no existiendo otros motivos de nulidad o improcedencia, el despido operado a través del ERE será ajustado a derecho o, en su caso, de tratarse de un DOI el mismo será procedente.*

En el caso analizado por la STS comentada, finalmente no se considera acreditado por la empresa que las causas alegadas para fundar el ERE sean estructurales; pero las consideraciones que efectúa resultan transcendentes para aplicar en casos de interacción ERE/DOI con previo ERTE Covid-19, pues mantiene la línea jurisprudencial iniciada por la STS [Sala 4ª (Pleno)] de 16 de diciembre de 2021 [rec. 210/2021], en el sentido de dar respuesta a una de las importantes cuestiones que se han venido planteando sobre este tema, y lo hace desde la perspectiva del mantenimiento del empleo, procurando la **convivencia de ambos instrumentos de flexibilidad - interna y externa- de adaptación de las empresas a situaciones de crisis,** tanto genéricas, como derivadas de pandemia, o situaciones similares[12].

5. BIBLIOGRAFÍA

ARASTEY SAHÚN, L.: "Las relaciones laborales tras la declaración del Estado de Alarma por Coronavirus", *Diario La Ley*, n.º 9606, 2020.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Extinciones pandémicas: el despido en la era COVID-19", *Trabajo y Derecho*, n.º 81, 2021.

LOPEZ HORMEÑO, M. C.: "La prohibición de despedir durante el Covid-19. ¿Despido nulo o improcedente?", *Diario La Ley*, n.º 9818, 2021.

[12] Actualmente la Guerra en Ucrania: art. 44 RDL 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

POQUET CATALÁ, R., "Despido realizado contraviniendo el artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, ¿nulo o improcedente?", *Trabajo y Derecho*, n.º 74, 2021.

RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.: "El despido por causas del Covid, ¿improcedente o nulo?", *Diario La Ley*, n.º 9791, 2021.

VICENTE ANDRÉS, R.: "La problemática de los ERTE (fuerza mayor/ETOP) vinculados a la covid-19", *Trabajo y Derecho*, n.º 77, 2021; entre otras.

Derecho Comparado y Derecho Extranjero

Laborum

nº 3 (2º Trimestre 2022)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

El modelo contractual alemán de derecho de huelga y su problemática compatibilidad con los mecanismos regionales europeos de protección de los derechos fundamentales

The German contractual model of the right to strike and its problematic compatibility with European regional fundamental rights protection mechanisms

IVÁN VIZCAÍNO RAMOS
Profesor Ayudante Doctor
Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña
https://orcid.org/0000-0003-0397-0363

Cita sugerida: VIZCAÍNO RAMOS, I. "El modelo contractual alemán de derecho de huelga y su problemática compatibilidad con los mecanismos regionales europeos de protección de los derechos fundamentales". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 3 (2022):* 167-185.

Resumen

La singularidad del modelo contractual alemán de derecho de huelga ha obligado a Alemania a blindarlo frente a diversas normas internacionales, incorporadas al ordenamiento jurídico alemán, con la finalidad de preservarlo. Este blindaje se ha hecho efectivo frente al Derecho social de la Unión Europea, en 1992, y frente a la Carta Social Europea, en 2020. Sin embargo, dicho modelo queda de momento sin blindaje frente al Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la espera de lo que decida al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave

Alemania; Carta Social Europea; Derecho de huelga; Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Abstract

The uniqueness of the German contractual model of the right to strike has forced Germany to shield it from various international standards, which have been incorporated into German law in order to preserve it. This shielding was put into effect in the face of European Union social law, in 1992, and the European Social Charter, in 2020. However, for the time being, this model is not shielded from the European Convention on Human Rights, pending the decision of the European Court of Human Rights.

Keywords

Germany; European Social Charter; Right to strike; European Court of Human Rights

1. EL INTERÉS COMPARATISTA DEL MODELO CONTRACTUAL ALEMÁN DE DERECHO DE HUELGA, DESDE EL PUNTO DE VISTA ESPAÑOL[1]

Desde el punto de vista del Derecho español del Trabajo, la justificación del interés comparatista del modelo contractual alemán de derecho de huelga no precisa ninguna acumulación de evidencias contundentes o de cargo, pues la certificación oficial de dicho interés aparece contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981[2], en la que se realizan hasta tres

[1] Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

[2] Sobre ella, el comentario clásico es ALONSO OLEA, M.: "En general, sobre las relaciones colectivas de trabajo; y sobre la sentencia interpretativa", en ALONSO OLEA, M.: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomo I, Madrid, Civitas, 1984, pp. 25 y ss. Véase también MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G..: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, poniendo de relieve que en dicha sentencia «se ha adoptado como punto de partida la identificación del contenido esencial del derecho de huelga y, en un segundo momento, operando a través de deducciones lógico-jurídicas, se *(...)*

Fecha Recepción: 12/05/2022 - Fecha Revisión: 24/05/2022 - Fecha Aceptación: 25/05/2022
Pags. 167-185

jugosas menciones relativas al mismo, aunque se trate -todo hay que decirlo- de menciones de carácter elusivo, en el sentido de que en todas ellas se evita calificar expresamente el modelo de huelga en cuestión como modelo «alemán» de derecho de huelga. En esta conocidísima Sentencia, el grado de elusión en la referencia al modelo contractual alemán de derecho de huelga es decreciente. Dicho grado de elusión es máximo cuando se refiere a la falta de prohibición en España de las huelgas no declaradas por los sindicatos, afirmando a este concreto respecto que «en el momento actual son perfectamente posibles las huelgas organizadas, dirigidas y controladas por los sindicatos de trabajadores y las llamadas huelgas espontáneas, que en la terminología anglosajona se conocen con el nombre de wild strikes, huelgas "salvajes" o huelgas sin control sindical»[3], no quedando más remedio que concluir que esta referencia suya a la «terminología anglosajona» comprende necesariamente la terminología inglesa, de un lado, pero también la sajona o alemana (recuérdese, sin necesidad de ir más lejos, la existencia de los Estados federados alemanes de Baja Sajonia o de Sajonia-Anhalt), del otro lado, pues una característica esencial del modelo alemán del derecho de huelga es la prohibición -certificada por un famoso caso alemán, que examinaremos luego- de la «*wilde Streik*» (esto es, literalmente, «huelga salvaje») o «*nichtgewerkschaftliche Streik*» (esto es, literalmente, «huelga no sindical»)[4]. Por su parte, el grado de elusión es intermedio, allí donde esta Sentencia constitucional teoriza sobre «la llamada "huelga contractual"»[5], la cual cristaliza en un modelo de regulación del derecho de huelga ajeno a nuestra Constitución, «que no impone modelo alguno»[6], definiendo dicho concreto tipo de huelga -que es el único tipo de huelga considerado lícito en Alemania, según comprobaremos luego- con la afirmación de que «se entiende por huelga contractual aquella que se desencadena o produce en el momento de la negociación de los convenios colectivos con el fin de presionar en favor de los mismos, de modo que la huelga es un instrumento del convenio»[7]. En fin, la elusión es mínima -aunque la haya, pues se evita la cita de concretas fuentes jurídicas alemanas reguladoras del derecho de huelga-, allí donde esta Sentencia concluye que «el ordenamiento jurídico de nuestro país no se funda en el principio que con expresión alemana se conoce como de la Waffengleichheit, también llamado de la Kampfparität, esto es, de la igualdad de armas, de la paridad en la lucha, de la igualdad de trato o del paralelo entre las medidas de conflicto nacidas en campo obrero y las que tienen su origen en el sector empresarial»[8].

2. LA SINGULARIDAD Y LA CONGRUENCIA DEL MODELO CONTRACTUAL ALEMÁN DE DERECHO DE HUELGA

Quizá la singularidad más grande del modelo contractual alemán de derecho de huelga sea la de carecer de toda regulación legal, incluida su regulación constitucional. En efecto, el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal (*Grundgesetz*) de 1949 se limitaba tradicionalmente a regular el derecho de asociación sindical[9], pero en términos muy genéricos, afirmando -en dos incisos sucesivos- que «el derecho a crear asociaciones para la defensa y promoción de las condiciones de trabajo y de las condiciones económicas, se garantiza a todos y en todas las profesiones»[10], y que «los acuerdos que busquen limitar o impedir este derecho son nulos, y las acciones que se orienten a ello son ilícitas»[11]. Este apartado crucial de dicho precepto fue modificado en 1968, con la finalidad

afronta la construcción de su régimen jurídico» (p. 103); y TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, calificándola de resolución «salomónica» y reconociendo que es «una de las sentencias más citadas y comentadas de todos los tiempos» (p. 26).

[3] Cfr. Fundamento Jurídico 11, párrafo segundo, inciso segundo.

[4] Cfr. *infra*, apartado 2, párrafo cuarto.

[5] Cfr. Fundamento Jurídico 14, párrafo primero, inciso primero.

[6] *Ibidem*.

[7] *Ibidem*, inciso segundo.

[8] Cfr. Fundamento Jurídico 22, párrafo segundo, inciso primero.

[9] Recientemente, véase SACHS, M. (Ed.): *Grundgesetz. Kommentar*, 9ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2021, pp. 410 y ss.

[10] Cfr. apartado 3, inciso primero.

[11] *Ibidem*, inciso segundo.

de añadirle un nuevo y tercer inciso en el que no se mencionan en concreto las huelgas, sino genéricamente las denominadas «luchas laborales [*Arbeitskämpfe*]», afirmando -con una redacción relativamente premiosa, por su remisión a otros preceptos constitucionales- que «las acciones a que se refieren los artículos 12a y 35, apartados 2 y 3, el artículo 87a, apartado 4, y el artículo 91, no pueden utilizarse contra las luchas laborales que se lleven a cabo por las asociaciones a que se refiere el inciso 1, para la defensa y promoción de las condiciones de trabajo y de las condiciones económicas»[12]. Esta carencia de regulación del tema ha sido suplida por la existencia de una relativamente abundante jurisprudencia, tanto del Tribunal Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*) como del Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), que justifica sobradamente la afirmación doctrinal de que el Derecho regulador de las huelgas es, en Alemania, un «Derecho judicial [*Richterrecht*]»[13]. En esta masa de jurisprudencia, quizá lo más llamativo -desde el punto de vista de los Derechos nacionales continentales europeos del Trabajo (francés, italiano y, por supuesto, español)- sea la admisibilidad franca del derecho de cierre patronal, en cuanto que medida de presión colectiva opuesta a la huelga, lo que explica -al efecto de comprender el cierre y la huelga- que el inciso recién citado del apartado 3 del artículo 9 de la Constitución Federal alemana se vea obligado a hablar genéricamente de «luchas laborales».

Sobre la licitud del «cierre patronal [*Aussperrung*]», la jurisprudencia laboral y constitucional alemana es constante, destacando en esa jurisprudencia una Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 10 junio 1980[14], doctrinalmente calificada como uno de los grandes casos judiciales laborales alemanes[15]. En esta Sentencia, se mencionan muy diversos tipos de cierres patronales (por ejemplo, el ofensivo, el de solidaridad o el extintivo de la relación laboral), aunque el supuesto de hecho por ella enjuiciado se refería a un «cierre patronal suspensivo de defensa [*suspendierende Abwehraussperrung*]», decretado para hacer frente a una «huelga parcial [*Teilstreik*]», declarada sólo sobre una parte de las empresas de un sector, la cual era calificada asimismo como «huelga ofensiva [*Angriffsstreik*]»[16]. En este concreto caso, el Tribunal Federal de Trabajo consideró lícito el cierre patronal impugnado, por aplicación de dos principios rectores del Derecho alemán de «luchas laborales». En primer lugar, el denominado «principio de paridad [*Paritätsprinzip*]», que también protegía las medidas de lucha empresariales, pues «la libertad sindical, por medio del artículo 9, apartado 3, inciso 1, de la Constitución Federal, se "garantiza para todos y para todas las profesiones", y por consiguiente, corresponde igualmente a los empresarios y a los trabajadores»[17]. En segundo lugar, el denominado «principio de proporcionalidad [*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*]», que esta Sentencia aplicó con una precisión a calificar de matemática, pues «si, por medio del acuerdo de huelga, se convoca al paro de trabajo a menos de 1/4 de los trabajadores del ámbito territorial del convenio»[18], entonces «la parte empresarial debe poder ampliar el marco de lucha, en el que no parece desproporcionado un aumento alrededor del 25% de los trabajadores afectados»[19], lo que provocaba la consecuencia de que el cierre patronal suspensivo de defensa enjuiciado tuviese que ser calificado como un cierre patronal lícito, de un lado, porque el sindicato «ha convocado a la huelga al principio, de los más de 500.000 trabajadores del ámbito territorial del convenio, sólo a cerca de 80.000 trabajadores, y más tarde a 90.000 trabajadores»[20],

[12] *Ibidem*, inciso tercero.
[13] Por todos, véase Ulrich ZACHERT, sosteniendo que «el Derecho de lucha laboral se considera verdaderamente como ejemplo típico de una materia marcada por el Derecho judicial», en ZACHERT, U., MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, A Coruña, Netbiblo, 2008, p. 17.
[14] Referencia oficial 1 AZR 168/79.
[15] ZACHERT, U., MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, cit., pp. 123 y ss.
[16] *Ibidem*, p. 126.
[17] Cfr. marginal 54, inciso primero.
[18] Cfr. marginal 112, inciso segundo.
[19] *Ibidem*, inciso tercero.
[20] Cfr. marginal 113, inciso primero.

por lo que «la lucha laboral se limitó siempre a menos del 25% de los trabajadores del ámbito territorial del convenio»[21]; y de otro lado, porque «la asociación empresarial amplió esta dimensión, por medio del cierre patronal, a 120.000 trabajadores»[22], aunque «tampoco ello excedió del límite del 25% de los trabajadores afectados»[23].

Supuesta la paridad y la proporcionalidad de las medidas de lucha, es claro que resulta totalmente acertado calificar como modelo «contractual» el modelo alemán de medidas de lucha laborales, pues estas últimas -sean sindicales o patronales- se orientan siempre a forzar la estipulación de un convenio colectivo, el cual se considera en Alemania un contrato (literalmente, «*Tarifvertrag*» o contrato de tarifas salariales)[24]. De nuevo sobre este tema, la jurisprudencia alemana laboral y constitucional es constante, aunque destaque de entre ella una Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 21 junio 1988[25], nuevamente calificada como otro de los grandes casos judiciales laborales alemanes[26]. En esta Sentencia, sus afirmaciones clave sobre el modelo en cuestión son las tres siguientes: 1) «las luchas laborales sólo pueden comenzarse y llevarse a cabo cuando sean apropiadas para alcanzar objetivos de lucha justos y la subsiguiente paz laboral, y sean objetivamente necesarias»[27]; 2) «toda medida de lucha laboral -sea huelga, sea cierre patronal- sólo puede acometerse, además, tras el agotamiento de todas las posibilidades de entendimiento; la lucha laboral, por consiguiente, debe ser el último medio (última ratio) posible»[28]; y 3) «la admisibilidad de toda medida de lucha laboral requiere que las reivindicaciones sobre el contenido del convenio colectivo a celebrar hayan sido planteadas antes, y que, como regla, también se hayan llevado a cabo negociaciones convencionales sobre estas reivindicaciones»[29], lo que explica que «el principio de la última ratio prohíba la lucha laboral por la lucha laboral y la demostración de una fuerza, y para un momento en el que todavía no se ha tenido conocimiento del punto de vista de la contraparte»[30].

Lógicamente, la vinculación estrecha del modelo contractual alemán de luchas laborales con la estipulación de un convenio colectivo hace saltar a un primer plano de relevancia jurídica la ley alemana reguladora de los convenios colectivos (*Tarifvertragsgesetz* o, en su acrónimo oficial, TVG) de 1949, en la que se atribuye la legitimación para negociarlos del lado obrero, tanto si se trata de convenios colectivos sectoriales como de empresa, única y exclusivamente a los sindicatos, pero no a otros entes distintos[31]. Esta vinculación fue tempranamente puesta de relieve por una Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 20 diciembre 1963[32], que constituye el precedente judicial alemán, actualmente incontrovertido, en materia de ilicitud de huelgas no declaradas por los sindicatos[33]. Esta Sentencia constató, refiriéndose a la sentencia de segunda instancia recurrida en casación, que «el tribunal de trabajo de Estado federado declara, como incontrovertido -no se ha presentado una pretensión de rectificación-, que el sindicato competente en el centro de trabajo de la

[21] *Ibidem*, inciso segundo.
[22] *Ibidem*, inciso tercero.
[23] *Ibidem*, inciso cuarto.
[24] Véase KEMPEN, O. E. y ZACHERT, U. (Fundadores): *Tarifvertragsgesetz. Kommentar für die Praxis*, 5ª ed., Frankfurt a.M., Bund Verlag, 2014, pp. 58 y ss.
[25] Referencia oficial 1 AZR 651/86.
[26] Véase ZACHERT, U., MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, cit., pp. 131 y ss.
[27] Cfr. marginal 63.
[28] *Ibidem*.
[29] Cfr. marginal 73, inciso segundo.
[30] *Ibidem*, inciso cuarto.
[31] Según su parágrafo 2, «las partes del convenio colectivo son los sindicatos y el empresario individual, así como las asociaciones de empresarios [*Tarifvertragsparteien sind Gewerkschaften, einzelne Arbeitgeber sowie Vereinigungen von Arbeitgebern*]» (apartado 1). Sobre el tema, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, A Coruña, Netbiblo, 2007, p. 80.
[32] Referencia oficial 1 AZR 428/62.
[33] Véase ZACHERT, U., MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, cit., pp. 137 y ss.

actora ni ha aprobado el paro de trabajo, ni lo ha autorizado con posterioridad ni tampoco lo ha proseguido»[34], concluyendo que «se trata de una llamada huelga salvaje»[35], y que «dicha lucha laboral es ilícita en todo caso»[36]. Al respecto, traía a colación la doctrina científica entonces dominante en Alemania, afirmando que había que «seguir la opinión de NIPPERDEY»[37], que «sólo considera lícita la huelga sindical»[38], pues «el medio de la huelga es un arma afilada»[39], lo que «prohíbe confiar el derecho de huelga a personas o grupos en los que no existe la garantía de que sólo harán uso de él con un alcance justificable»[40]. Con elogiable acribia, el Tribunal Federal de Trabajo concluía aquí afirmando todo lo siguiente: «resumiendo, hay que decir que titulares de la lucha laboral pueden ser, de un lado -junto a las asociaciones de empresarios-, también ciertamente los empresarios individuales, pero del otro lado sólo los sindicatos»[41] -únicos sujetos que poseen verdadera «capacidad convencional»[42]-, por lo que «si se incumple en una huelga este principio, entonces se trata de antemano de una huelga ilícita»[43].

En fin, la congruencia cartesiana de este modelo la evidencia el comentario doctrinal más autorizado de la legislación laboral alemana, que es el «Comentario erfurtense»[44], allí donde procede a determinar casuísticamente quiénes son titulares, y quiénes no, del derecho de huelga en Alemania. Así, según este comentario tan neutral, los sindicatos de trabajadores autónomos económicamente dependientes (en alemán, «personas asimiladas a trabajadores [*arbeitnehmerähnliche Personen*]») son titulares del derecho de huelga, supuesto que la citada Ley de Convenios Colectivos de 1949 les reconoce expresamente el derecho de negociar con su contraparte empresarial dicha clase de convenios (literalmente, «del parágrafo 12a de la L[ey de] C[onvenios] C[olectivos] se deriva que también las personas asimiladas a trabajadores pueden hacer huelga»)[45]. En cambio, el comité de empresa (*Betriebsrat*) -carente de capacidad convencional colectiva- no tiene legitimación para declarar huelgas lícitas, invocando a este respecto el «Comentario erfurtense» la ley alemana reguladora de los representantes unitarios o legales de los trabajadores (esto es, La Ley de Organización de la Empresa [*Betriebsverfassungsgesetz* o, en su acrónimo oficial, BetrVG] de 1972), cuyo parágrafo 74 afirma que «las acciones de lucha laboral entre el empresario y el comité de empresa son inadmisibles»[46]. Tampoco son titulares del derecho de huelga los sindicatos de funcionarios, por la sencilla razón de que las condiciones de empleo y de trabajo de los funcionarios, a diferencia de lo que sucede con los empleados públicos sujetos a relación laboral, se determinan heterónoma y unilateralmente por la Administración pública empleadora, con exclusión de la posibilidad de celebrar con los sindicatos de funcionarios convenios colectivos. A este respecto, el «Comentario erfurtense» resulta categórico, allí donde afirma que «el derecho de huelga de funcionarios, jueces y soldados se ha rechazado hasta ahora en la jurisprudencia y en la doctrina de manera completamente predominante»[47].

[34] Cfr. marginal 58, inciso primero.
[35] *Ibidem*, inciso segundo.
[36] *Ibidem*, inciso cuarto.
[37] Cfr. marginal 65, inciso primero.
[38] Cfr. marginal 61, inciso cuarto.
[39] Cfr. marginal 72, inciso primero.
[40] *Ibidem*, inciso segundo.
[41] Cfr. marginal 74, inciso primero.
[42] Cfr. marginal 66.
[43] Cfr. marginal 74, inciso segundo.
[44] Sobre dicha obra, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J.: "El género doctrinal "comentarios" en el Derecho alemán. A propósito del "Comentario Erfurtense" sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 141, 2009, pp. 5 y ss.
[45] Cfr. MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Eds.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20ª ed., Múnich, C.H. Beck 2020, p. 126.
[46] Apartado 2, inciso primero, medio-inciso primero. Al respecto, véase MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Eds.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20ª ed., cit., p. 1068.
[47] Véase MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Eds.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20ª ed., cit., p. 130.

3. LA INCOMPATIBILIDAD DEL MODELO CONTRACTUAL ALEMÁN DE DERECHO DE HUELGA CON EL ARTÍCULO 6, APARTADO 4, DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA ORIGINARIA

Alemania no es Estado fundador del Consejo de Europa, aunque la entonces existente Alemania occidental («*Bundesrepublik Deutschland*», en cuanto que distinta de la Alemania oriental, o «*Deutsche Demokratische Republik*», que nunca llegó a integrarse en el Consejo de Europa) ratificó tempranamente la Carta Social Europea originaria. La ley de ratificación de esta última se publicó en el *Boletín Oficial Federal* (*Bundesgesetzblatt*) de 23 septiembre 1964[48], en tres versiones lingüísticas distintas (la oficiosa alemana, y las oficiales inglesa y francesa), en claro contraste con lo que luego acabaría sucediendo en nuestro país[49]. Según dicha ley de ratificación, Alemania procedía a incorporar a su ordenamiento jurídico interno la Carta Social Europea originaria con reservas[50], refiriéndose estas últimas a cuatro concretos preceptos de dicha Carta, que eran los relativos al preaviso de extinción del contrato de trabajo[51], a la edad mínima de admisión al trabajo asalariado[52], al trabajo asalariado de las mujeres[53] y, por último, a la formación profesional continua[54]. Consecuentemente, la Alemania occidental asumía en su integridad el cumplimiento del resto del contenido de la propia Carta. Este compromiso incluye el apartado 4 del artículo 6 de la misma -que tantos problemas acabaría acarreándole a Alemania, incluso tras su reunificación[55]-, a cuyo tenor se reconoce «el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los Convenios Colectivos en vigor».

Lógicamente, al ratificar la Carta, Alemania se sometía al procedimiento de control del cumplimiento de la misma, regulado en los artículos 21 a 29 de la propia Carta. Este procedimiento de control, denominado «procedimiento de examen de informes [*procedure for examination of reports*, *procedure d'examen des rapports*]», se articula -en lo esencial- por medio de tres trámites sucesivos: 1) la presentación por cada concreto Estado de un auto-informe, relativo a la adecuación de su ordenamiento interno a los preceptos de la Carta; 2) el examen de dicho informe por el órgano de control del cumplimiento de la Carta, originariamente denominado «comité de expertos» (a partir de 1991, pasó a denominarse «comité de expertos independientes», y a partir de 1998, «Comité Europeo de Derechos Sociales»), que tendría que emitir las correspondientes «conclusiones»; y 3) la remisión de estas últimas al Comité de Ministros del Consejo de Europa, que podría efectuar -en caso de incumplimiento de la Carta- «recomendaciones» al Estado incumplidor[56]. Originariamente, cada Estado miembro enviaba al Comité un informe conjunto, relativo a su cumplimiento de todos los preceptos de la Carta, aunque este sistema cambió luego, a partir del año 2006, pasando a partir de este momento a enviar cada Estado miembro un informe sobre cuatro grupos temáticos de preceptos, el cual debía remitirse al Comité una vez cada cuatro años[57]. Siempre en cumplimiento de

[48] Parte II, pp. 1261 y ss.

[49] Acerca del evidente error diplomático cometido por España, cuando procedió a ratificar la Carta, véase VÁZQUEZ VÁZQUEZ, F.: *La Carta Social Europea y la Inspección de Trabajo. Un estudio comparado de los ordenamientos español, portugués y francés por la vía del procedimiento de control de informes*, Barcelona, Atelier, 2018, pp. 23 y ss.

[50] Véase su artículo 1.

[51] Se trata del artículo 4, apartado 4, de la Carta.

[52] Se trata del artículo 7, apartado 1, de la Carta.

[53] Se trata del artículo 8, apartados 2 y 4, de la Carta.

[54] Se trata del artículo 10, apartado 4, de la Carta.

[55] Sobre el Tratado de reunificación de las dos Alemanias, su naturaleza jurídica y su contenido laboral, véase ARUFE VARELA, A.: *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, pp. 28.

[56] Acerca de todo ello, véase TEIXEIRA ALVES, L.: *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de Salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 69 y ss.

[57] *Ibidem*, pp. 74 y ss.

estos preceptos procedimentales de la Carta Social Europea originaria, el Gobierno federal alemán de entonces, presidido por el Canciller Sr. KIESINGER, procedió a remitir su primer informe al comité de expertos, correspondiendo este informe al período 1965-1967. Como ahora mismo comprobaremos, el Gobierno alemán se llevó la desagradable sorpresa de que su modelo contractual de regulación del derecho de huelga resultaba incompatible con el tenor del apartado 4 del artículo 6 de la Carta Social Europea.

En efecto, en sus primeras «conclusiones» relativas a Alemania, fechadas el 31 mayo 1969, el comité de expertos afirmó -valorando el informe gubernamental alemán, allí donde reconocía que «los funcionarios públicos no tienen derecho de huelga»[58]- que se encontraba vinculado por dicha declaración, con la consecuencia de que «dicho estado de cosas era incompatible con la Carta»[59], por lo que recomendaba al Gobierno de la República Federal de Alemania que «extendiese el derecho de huelga a los funcionarios públicos alemanes, de conformidad con la Carta»[60]. Sólo dos años después, en sus segundas «conclusiones» relativas a Alemania (publicadas el 31 julio 1971), el comité de expertos amplió la incompatibilidad del modelo contractual alemán regulador de las huelgas con la Carta Social Europea originaria, afirmando que «en relación con la prohibición, al amparo del Derecho alemán, de todas las huelgas que no se orienten a estipular un convenio colectivo o se lideren por un sindicato, … el Derecho alemán en este punto es incompatible con la Carta»[61]. Todas estas incompatibilidades fueron luego reiteradas por el comité de expertos, en sus «conclusiones» publicadas en 1973[62], 1975[63], 1977[64], 1979[65], 1981[66], 1984[67], 1986[68], 1988[69], 1990[70], 1992[71], 1994[72], 1996[73] y 1998[74]. Ante este abrumador estado de cosas (agigantado, además, por el hecho de que se interpusiesen diversas «recomendaciones» del Comité de Ministros del Consejo de Europa, invitando a Alemania a enmendar su modelo contractual regulador del derecho de huelga), la reacción del Gobierno alemán fue la de aguantar los chaparrones, mirar para otro lado o, si se prefiere, la de «*laissez faire, laissez passer*». Todo ello, hasta que se produjo un punto de inflexión (en realidad, un punto y seguido) en la Cámara Baja del Parlamento alemán, en 1998, del que paso a tratar a continuación.

Dicho punto de inflexión/punto y seguido está marcado por dos preguntas efectuadas en el marco del control parlamentario al Gobierno federal, presidido por el Canciller Sr. KOHL, fechadas en 3 septiembre 1998, cuyo tenor literal era el siguiente: «¿Cuál es la opinión del Gobierno federal sobre la reprimenda realizada por segunda vez a comienzos de febrero 1998, en forma de recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, por causa del incumplimiento del artículo 6, apartado 4 (derecho de huelga), de la Carta Social Europea? ¿Qué consecuencias se

[58] Véase «Conclusions I - Germany - Article 6-4» (localizables a través de la base de datos HUDOC del Consejo de Europa, ubicada en Internet en https://hudoc.esc.coe.int/eng). Textualmente, «*public servants have not the right to strike*».

[59] *Ibidem*. Textualmente, «*such a state of affairs was incompatible with the Charter*».

[60] *Ibidem*. Textualmente, «*to extend the right to strike to German public servants in accordance with the Charter*».

[61] Véase «Conclusions II - Germany - Article 6-4». Textualmente, «*as to the prohibition, under German law, of all strikes which are not aimed at obtaining a collective agreement or led by a trade union, … German law on this point to be inconsistent with the Charter*».

[62] Véase «Conclusions III - Germany - Article 6-4».

[63] Véase «Conclusions IV - Germany - Article 6-4».

[64] Véase «Conclusions V - Germany - Article 6-4».

[65] Véase «Conclusions VI - Germany - Article 6-4».

[66] Véase «Conclusions VII - Germany - Article 6-4».

[67] Véase «Conclusions VIII - Germany - Article 6-4».

[68] Véase «Conclusions IX-2 - Germany - Article 6-4».

[69] Véase «Conclusions X-2 - Germany - Article 6-4».

[70] Véase «Conclusions XI-2 - Germany - Article 6-4».

[71] Véase «Conclusions XII-2 - Germany - Article 6-4».

[72] Véase «Conclusions XIII-2 - Germany - Article 6-4».

[73] Véase «Conclusions XIII-4 - Germany - Article 6-4».

[74] Véase «Conclusions XIV-1 - Germany - Article 6-4».

derivan de ello para el Gobierno federal, y cómo fundamenta sus consecuencias?»[75]. Contestando a ellas, el Gobierno federal se mantuvo en sus trece, afirmando -a su vez- todo lo siguiente: 1) que «el Tribunal Federal de Trabajo considera compatibles con el artículo 6, apartado 4, de la C[arta] S[ocial] E[uropea] los requisitos de admisibilidad para las huelgas desarrollados en el marco de su jurisprudencia, señaladamente la vinculación al convenio colectivo y la gestión sindical de la huelga»[76]; 2) que «el Gobierno federal comparte esta opinión jurídica, que fue confirmada por una mayoría de la Comisión de Gobierno, con motivo de una reunión de interpretación en el año 1987»[77], teniendo en cuenta que «el Gobierno federal introdujo entonces una reserva en el nuevo procedimiento de vigilancia, que se sigue manteniendo»[78]; y 3) que «por causa de la subsistencia de la reserva, Alemania no está obligada a obedecer la opinión de los expertos y de la comisión de representantes ministeriales»[79], por lo que «en consecuencia, el Gobierno federal no ve necesidad de actuar con una regulación legal o con una modificación del Derecho vigente sobre la huelga»[80]. Como cabía esperar, quien también se mantuvo en sus trece fue el órgano de control del cumplimiento de la Carta Social Europea, pues a Alemania siguieron lloviéndole «conclusiones» de no conformidad de su modelo contractual de regulación de la huelga con el apartado 4 del artículo 6 de la Carta Social Europea originaria, emitidas ahora por el Comité Europeo de Derechos Sociales, correspondientes a 2001[81], 2003[82], 2005[83], 2006[84], 2010[85] y 2014[86].

A la vista de esta situación, cabe preguntarse qué opina acerca de ella el neutral, híper-jurídico y autorizado «Comentario erfurtense», a que antes me refería[87]. Esta obra, siempre citada con respeto por la jurisprudencia laboral alemana, trata el tema a propósito de dos tópicos, que son el referido a las fuentes jurídicas del Derecho del Trabajo alemán y al apartado 3 del artículo 9 de la Constitución Federal (relativo, recuérdese, al derecho de huelga). Pues bien, lo que concluye dicho comentario es lo siguiente: 1) «la naturaleza jurídica de la Carta Social es controvertida»[88], aunque «según la opinión más correcta, la Carta Social no representa Derecho directamente aplicable »[89]; 2) «en 3.2.1998, el Comité de Ministros del Consejo de Europa dirigió a la República Federal de Alemania una "recomendación" (la sanción "más dura" directamente prevista en la Carta Social Europea, pero apenas eficaz, …) de que tomase en consideración la conclusión del Comité Europeo

[75] Véase Acta n.º 13/11415 (localizable en el sitio en Internet de la Cámara Baja, ubicado en www.bundestag.de, con acceso directo en https://dserver.bundestag.de/btd/13/114/1311415.pdf), p. 17. Textualmente, «*Wie ist die Auffassung der Bundesregierung zu der Anfang Februar 1998 ein zweites Mal in Form einer Empfehlung vom Ministerkomitee des Europarates wegen Nichteinhaltung des Artikels 6 Abs. 4 (Streikrecht) der Europäischen Sozialcharta ausgesprochenen Rüge? Welche Konsequenzen wird die Bundesregierung daraus ziehen, und wie begründet sie ihre Konsequenzen?*».

[76] *Ibidem*. Textualmente, «*das Bundesarbeitsgericht hält die im Rahmen seiner Rechtsprechung entwickelten Zulässigkeitsvoraussetzungen für Streiks, nämlich Tarifvertragsbezogenheit und gewerkschaftliche Streikführung, mit Artikel 6 Abs. 4 ESC vereinbar*».

[77] *Ibidem*. Textualmente, «*die Bundesregierung teilt diese Rechtsauffassung, die vom Regierungsausschuß anläßlich einer Interpretationssitzung im Jahre 1987 mehrheitlich bestätigt wurde*».

[78] *Ibidem*, p. 18. Textualmente, «*die Bundesregierung hat seinerzeit einen Vorbehalt gegen das neue Überwachungsverfahren eingelegt, der weiterhin aufrechterhalten wird*».

[79] *Ibidem*. Textualmente, «*Deutschland ist wegen des fortbestehenden Vorbehalts nicht verpflichtet, der Auffassung der Sachverständigen und des Ausschusses der Ministerbeauftragten zu folgen*».

[80] *Ibidem*. Textualmente, «*die Bundesregierung sieht somit keinen Handlungsbedarf für eine gesetzliche Regelung oder Änderung des geltenden Streikrechts*».

[81] Véase «Conclusions XV-1 - Germany - Article 6-4».

[82] Véase «Conclusions XVI-1 - Germany - Article 6-4».

[83] Véase «Conclusions XVII-1 - Germany - Article 6-4».

[84] Véase «Conclusions XVIII-1 - Germany - Article 6-4».

[85] Véase «Conclusions XIX-3 - Germany - Article 6-4».

[86] Véase «Conclusions XX-3 - Germany - Article 6-4».

[87] *Supra*, apartado 2, párrafo quinto.

[88] Véase MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Eds.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20ª ed., cit., p. 1429.

[89] *Ibidem*.

de Derechos Sociales»[90], aunque «el Gobierno federal ha mantenido la opinión de que no está obligado a obedecer esta recomendación, y a modificar el Derecho de huelga vigente»[91]; y 3) «en este sentido, la soberanía interpretativa no yace en el Comité Europeo de Derechos Sociales ni en el Comité de Ministros …; más bien, la determinación del contenido y del alcance de la Carta Social Europea, mediante los métodos de interpretación usuales en el Derecho internacional, es cosa de los operadores jurídicos nacionales»[92]. Esto despejado, el «Comentario erfurtense» concluye su análisis realizando una afirmación, a calificar de irritante para buena parte del iuslaboralismo continental europeo. Se trata de su constatación, justificada con cita de jurisprudencia laboral alemana, de que «aunque los cierres patronales no se mencionan expresamente, también se incluyen en las "medidas colectivas" de la Carta Social Europea, "porque el cierre patronal es la principal, cuando no la única forma, de medida colectiva que los empresarios pueden emprender para la defensa de sus intereses" (Tribunal Federal de Trabajo 12.3.1985 …)»[93].

4. EL BLINDAJE DEL MODELO CONTRACTUAL ALEMÁN DE DERECHO DE HUELGA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Como es sabido, el Derecho de la Unión Europea no tiene absolutamente nada que ver con el Derecho formalizado en el Carta Social Europea, si es que se comparan ambos atendiendo a su grado de eficacia jurídica. En efecto, en sus relaciones con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, el Derecho de la Unión se rige por el principio de primacía, ya declarado en los lejanos tiempos en que todavía existían las Comunidades Europeas por el caso *Costa contra ENEL*, fallado por Sentencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 julio 1964[94], y luego contundentemente reiterado por el propio Tribunal de Luxemburgo, en el caso *The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Limited and others*, fallado por Sentencia suya de 19 junio 1990[95], en el que se afirma -resolviendo una cuestión prejudicial planteada por la Cámara de los Lores- que «en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables producen el efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, de hacer inaplicable de pleno derecho, por el propio hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional»[96], resultando «incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujese la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias»[97]. Lógicamente, las autoridades alemanas siempre han sido conscientes de toda la potencia jurídica del principio comunitario de primacía, lo que explica que pretendiesen blindar su peculiar modelo contractual de regulación del derecho de huelga, cuando se hizo evidente que iban a abrirse nuevas puertas a la actividad legiferante de lo que, desde el año 1992, pasaría a conocerse con el nombre de Unión Europea.

[90] *Ibidem*, p. 112.
[91] *Ibidem*.
[92] *Ibidem*.
[93] *Ibidem*.
[94] Asunto 6/64.
[95] Asunto C-213/89.
[96] Cfr. marginal 18.
[97] Cfr. marginal 20. Sobre este principio, con análisis de jurisprudencia ulterior del Tribunal de Luxemburgo, véase GAROT, M. J.: "La sentencia Kücükdeveci y los principios de primacía y efecto directo", *Noticias de la Unión Europea*, n.º 315, 2011, pp. 143 y ss.

Tras el «no» del Reino Unido a la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989[98], la construcción de la Unión Europea se inicia con el Tratado homónimo (o Tratado de Maastricht) de 1992, cuyo Protocolo núm. 14, sobre «Política Social», blindaba las peculiaridades más llamativas del Derecho alemán del Trabajo, colectivo e individual, al afirmar su artículo 2 (abierto a la posibilidad de promulgar Directivas, con exclusión de la regla de la unanimidad y, consecuentemente, por mera mayoría cualificada de los Estados miembros) que «las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal»[99]. Como se sabe, tras el vuelco político habido en el Reino Unido (al acceder al gobierno los laboralistas del Sr. BLAIR)[100], dicho protocolo extravagante pudo incorporarse al articulado del nuevo Tratado de Ámsterdam de 1997, en el que el blindaje de las peculiaridades alemanas citadas aparece contenido en el apartado 6 de su artículo 118, habiendo luego migrado esta norma al apartado 5 del artículo 153 del vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, siempre con idéntico tenor literal («las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal»). Este blindaje alemán lo completaba la peculiar redacción del artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, con idéntico valor jurídico que el Derecho originario de la Unión, a cuyo tenor -remitiéndose a los concretos ordenamientos laborales de cada Estado miembro- «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*», aclarando las «explicaciones» correspondientes al precepto en cuestión, aunque no hiciese falta, que «las modalidades y límites en el ejercicio de acciones colectivas, incluida la huelga, entran dentro del ámbito de las legislaciones y prácticas nacionales, incluida la cuestión de si pueden llevarse a cabo de forma paralela en varios Estados miembros»[101].

La prueba de cargo de que el citado precepto del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea está concebido para blindar las peculiaridades laborales alemanas la suministra lo ocurrido en los últimos siete años con la parte del mismo relativa a la exclusión de «las remuneraciones». Como es sabido, Alemania (a diferencia de Francia, España, Portugal o el Reino Unido) venía caracterizándose tradicionalmente por la inexistencia de un salario mínimo interprofesional legal[102], hasta que se promulgó la Ley para la regulación de un salario mínimo general (*Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns* o, en su abreviatura oficial, MiLoG), de 11 agosto 2014, para así dar cumplimiento al contrato de coalición entre el centro-derecha alemán de la Sra. MERKEL, de un lado, y el partido socialdemócrata alemán (y por exigencia de este último), del otro[103]. A partir de este momento, a Alemania dejó de interesarle el blindaje ofrecido por el citado artículo 153, apartado 5, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, precisamente en lo tocante a «las remuneraciones». Y así se explica que la Comisión Europea, actualmente presidida por una alemana, se haya animado a promover la existencia de legislación europea sobre el salario mínimo, habiendo cristalizado esta novedosa y sorprendente iniciativa en una Propuesta de Directiva del

[98] Sobre el tema, véase ARUFE VARELA, A.: "El nuevo pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 49, 2018, pp. 37-38.

[99] Apartado 6.

[100] Sobre el tema, véase ARUFE VARELA, A.: "El nuevo pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico", cit., pp. 38-39.

[101] Inciso último.

[102] Acerca de todo ello, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, A Coruña, Netbiblo, 2009, pp. 4 y ss.

[103] Sobre dicha Ley, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J.: "La nueva ley alemana reguladora del salario mínimo general. Comentario, estudio contextualizador y traducción castellana", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 41, 2015, pp. 439 y ss.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 octubre 2020, «sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea»[104]. De cuajar, en nada afectará a Alemania, aunque con toda probabilidad acabará inquietando al Gobierno español, pues esta Propuesta de Directiva -en línea con la recién citada Ley federal alemana de 2014- afirma, entre otras cosas, que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los interlocutores sociales participen de manera oportuna y efectiva [*sic*] en la fijación y actualización del salario mínimo legal»[105].

5. LA RENOVADA DECLARACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL MODELO CONTRACTUAL ALEMÁN DE DERECHO DE HUELGA PARA HACERLO SUPUESTAMENTE COMPATIBLE CON LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A diferencia de lo que sucede con la Carta Social Europea, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (aunque se trata, también, de un instrumento jurídico del Consejo de Europa) presenta un parecido irresistible con el Derecho de la Unión Europea, si es que se contempla desde el punto de vista de su eficacia jurídica[106]. Ello se debe a que posee un potentísimo órgano de control de su cumplimiento, que es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (también llamado, por causa de la ciudad donde radica su sede, Tribunal de Estrasburgo), al que la parte agraviada por una supuesta violación de los derechos protegidos por este Convenio puede acceder, tras haber agotado todos los recursos jurisdiccionales previstos en el concreto Estado miembro a que pertenezca[107], cabiendo perfectamente la posibilidad de que el Tribunal de Estrasburgo revoque la decisión que hubiese agotado dicha vía judicial interna previa, aunque se trate de una resolución emanada incluso por un concreto Tribunal Constitucional nacional. En la panoplia de derechos fundamentales protegidos por este trascendental Convenio, se cuentan los mencionados en su artículo 11, en el que aparece incluido el derecho de «toda persona» a «fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses»[108], interpretando el cual el Tribunal de Estrasburgo viene elaborando una copiosa jurisprudencia sobre Derecho colectivo del Trabajo, en la que obran pronunciamientos muy explícitos suyos sobre concretas regulaciones nacionales europeas del derecho de huelga[109]. Por supuesto, Alemania ratificó en su día este Convenio (por Ley de 7 agosto 1952)[110], sin efectuar ningún tipo de reservas a dicho artículo 11, cabiendo reseñar que ha comprobado toda la potencia jurídica del Convenio en cuestión (eso sí, respecto de otros varios preceptos del mismo), al haber anulado en el pasado el Tribunal de Estrasburgo concretos Autos o Sentencias del Tribunal Federal Constitucional alemán[111]. Se trata de un tema de máxima actualidad jurídico-laboral a día de hoy en Alemania, por

[104] Localizable en EUR-Lex, con acceso directo en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0682. Sobre ella, véase ÁLVAREZ ALONSO, D.: "Salarios mínimos en la Unión Europea: propuesta de Directiva e implicaciones para España", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 151, 2021, pp. 33 y ss.

[105] Cfr. artículo 7, párrafo primero.

[106] Véase CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 11 y ss.; GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y PÉREZ TREMPS, P.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2010, pp. 7 y ss.; y GARCÍA ROCA, F. J.: *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 15 y ss.

[107] Al respecto, véase CUENCA CURBELO, S.: "El acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos: cómo presentar una demanda y peticiones de medidas cautelares", en ELÓSEGUI ITXASO, M., MORTE GÓMEZ, C., MENGUAL I MALLOL, A. M. y CANO PALOMARES, G. (Coords.): *Construyendo los derechos humanos en Estrasburgo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 97 y ss.

[108] Cfr. apartado 1.

[109] Sobre el tema, véase DURÁN LÓPEZ, F.: "El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Temas Laborales*, n.º 145, 2018, pp. 317 y ss.

[110] *Boletín Oficial Federal* de 22 agosto 1952, parte II, pp. 685 y ss.

[111] Por ejemplo, el caso *Heinisch v. Germany*, decidido el 21 julio 2011 (localizable a través de la citada base de datos HUDOC del Consejo de Europa, con acceso directo en https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-105777%22]}), en relación con una enfermera geriátrica despedida.

causa de los contenciosos administrativos, relativos a la inexistencia del derecho de huelga en la función pública alemana, a que paso a referirme seguidamente.

Los contenciosos administrativos en cuestión son cuatro, apareciendo pulcramente descritos en una trascendental y controvertida Sentencia del Tribunal Federal Constitucional de 12 junio 2018[112], en la que aparecen acumulados dichos cuatro procesos. Se trata de procesos contencioso-administrativos que presentan caracteres comunes, pues todos ellos se refieren a profesores funcionarios no universitarios, multados por sus respectivas Administraciones públicas educativas empleadoras por haber participado en una huelga. Ahora bien, se trata de procesos contencioso-administrativos con recorridos jurisdiccionales muy diversos, pues en dos de ellos la sanción de multa fue confirmada por tribunales contencioso-administrativos de segunda instancia, mientras que en los otros dos el asunto llegó a acceder al Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*), aunque sólo en uno de estos casos este supremo tribunal de la Federación alemana llegó a pronunciarse por medio de Sentencia. Esta Sentencia, de fecha 27 febrero 2014[113], confirmó la legalidad de la sanción de multa impuesta a un funcionario huelguista docente, pero advirtiendo que podía existir una incompatibilidad entre la proscripción de la huelga de funcionarios por el Derecho funcionarial alemán (aparentemente blindada por el artículo 33, apartado 5, de la Constitución Federal), de un lado, y la jurisprudencia sobre la huelga de funcionarios elaborada por el Tribunal de Estrasburgo (interpretando y aplicando el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), del otro, aunque esta incompatibilidad sólo podía resolverla el legislador federal alemán, debiendo atenerse entre tanto los tribunales supremos de la Federación al Derecho positivo alemán vigente (literalmente, «en la actualidad, los funcionarios no pueden llevar a cabo sus derechos garantizados por el artículo 11 del C[onvenio] E[uropeo de] D[erechos] H[umanos] en negociaciones colectivas y medidas colectivas de lucha, dado que las medidas de huelga no entrarían en consideración, por carecer de capacidad convencional y, además, estar prohibidas en virtud del artículo 33, apartado 5, de la C[onstitución] F[ederal]»[114], teniendo en cuenta que «al legislador le corresponde la función de crear una concordancia práctica, por la cual se le abrirían diferentes posibilidades»[115]). Sobre esta supuesta incompatibilidad, tras acumular los cuatro procesos contencioso-administrativos citados, acabó pronunciándose expresamente la Sentencia arriba mencionada del Tribunal Federal Constitucional, cabiendo anticipar que rechazó los recursos de queja constitucional (equivalentes a nuestro amparo constitucional) interpuestos por los cuatro funcionarios docentes multados.

Según el Tribunal Federal Constitucional, la incompatibilidad entre la prohibición de la huelga a los funcionarios alemanes y el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se basaba en hasta siete sentencias del Tribunal de Estrasburgo, todas ellas relativas a funcionarios o sindicatos de funcionarios turcos, por él descritas en los siguientes términos literales, por el orden en que aparecen mencionadas en su Sentencia: 1) «en el procedimiento Demir y Baykara v. Turquía (Sentencia de 12 noviembre 2008 …), ["que se refería a un acuerdo colectivo del sindicato turco Tüm Bel Sen con una municipalidad turca"], la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos … declaró que los integrantes de la Administración del Estado no podían ser excluidos del ámbito de aplicación del artículo 11 del C[onvenio] E[uropeo de] D[erechos] H[umanos]»[116]; 2)

[112] Referencia oficial 2 BvR 1738/12, 2 BvR 1395/13, 2 BvR 1068/14 y 2 BvR 626/15.

[113] Referencia oficial 2 C 1.13.

[114] Cfr. marginal 33, inciso primero. Textualmente, «*die Beamten könnten ihre durch Art. 11 EMRK gewährleisteten Rechte auf Tarifverhandlungen und kollektive Kampfmaßnahmen derzeit nicht durchsetzen, da Streikmaßnahmen mangels Vorliegens einer tariffähigen Situation nicht in Betracht kämen und zudem nach Art. 33 Abs. 5 GG verboten seien*».

[115] *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «*dem Gesetzgeber komme die Aufgabe der Herstellung praktischer Konkordanz zu, wobei ihm verschiedene Möglichkeiten offen stünden*».

[116] Cfr. marginal 165. Textualmente, «*in dem Verfahren Demir und Baykara v. Türkei (Urteil vom 12. November 2008 ...) ["das eine Kollektivvereinbarung der türkischen Gewerkschaft Tüm Bel Sen mit einer türkischen Kommune betraf"] hat die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ... stellte ... fest, (...)*

«en el procedimiento Enerji Yapi-Yol Sen v. Turquía del año 2009 ["Sentencia de 21 abril 2009"], que se refería al recurso de un sindicato de funcionarios, la Sala de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que la prohibición de huelga interfería en las garantías del artículo 11, apartado 1, del C[onvenio] E[uropeo de] D[erechos] H[umanos]»[117]; 3) «ya antes, en Sentencia de 27 marzo 2007, la Sala de la Sección Segunda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió sobre el alcance del artículo 11 del C[onvenio] E[uropeo de] D[erechos] H[umanos], con referencia a la situación jurídica en Turquía (… Karaçay v. Turquía, Sentencia de 27 marzo 2007 …)»[118], teniendo en cuenta que «el Tribunal destacó, en primer lugar, que el ámbito personal de protección del artículo 11, apartado 1, es integral, y que tampoco los funcionarios pueden ser excluidos de antemano de él»[119]; 4) «en el procedimiento Urcan y otros v. Turquía, la Sala de la Sección Segunda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió, el 17 julio 2008, sobre los recursos de varios profesores turcos que habían sido condenados a sanciones disciplinarias por los tribunales turcos por su participación en una jornada de huelga»[120], destacando que «la sanción constituye una intromisión en el artículo 11 del C[onvenio] E[uropeo de] D[erechos] H[umanos]»[121]; 5) «en el procedimiento Kaya y Seyhan v. Turquía, la Sala de la Sección Segunda decidió sobre la sanción por la participación de dos profesores y afiliados a un sindicato en una jornada de acción contra la Ley de organización del sector público (… Sentencia de 15 septiembre 2009 …)»[122], afirmando que «las medidas disciplinarias impuestas a los recurrentes no responden a ninguna necesidad social apremiante y, en consecuencia, tampoco son necesarias en una sociedad democrática»[123]; 6) «en el procedimiento Saime Özcan v. Turquía, la Sala de la Sección Segunda, igualmente el 15 septiembre 2009, se ocupó del recurso de una profesora que era al mismo tiempo una afiliada a un sindicato, y que había participado en una jornada de huelga nacional para la mejora de las condiciones de trabajo de los funcionarios»[124], teniendo en cuenta que «la Sala vio una violación del artículo 11 del C[onvenio] E[uropeo de] D[erechos] H[umanos]»[125]; y 7) «en la Sentencia de 13 julio 2010, en el procedimiento Çerikci v. Turquía, que se refería a la participación en una huelga de un funcionario municipal turco y de la medida disciplinaria derivada de ella, la

Angehörige der Staatsverwaltung könnten nicht aus dem Anwendungsbereich des Art. 11 EMRK ausgeschlossen werden».

[117] Cfr. marginal 167. Textualmente, «*in dem Verfahren Enerji Yapi-Yol Sen v. Türkei aus dem Jahr 2009 ["Urteil vom 21. April 2009"], das die Beschwerde einer Beamtengewerkschaft betraf, entschied die Kammer der 3. Sektion des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ein Streikverbot greife in die Gewährleistungen des Art. 11 Abs. 1 EMRK ein*».

[118] Cfr. marginal 168. Textualmente, «*bereits zuvor, mit Urteil vom 27. März 2007, entschied die Kammer der 2. Sektion des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte über die Reichweite von Art. 11 EMRK mit Blick auf die Rechtslage in der Türkei (… Karaçay c. Turquie, Urteil vom 27. März 2007 …)*».

[119] *Ibidem*. Textualmente, «*der Gerichtshof betonte zunächst, dass der persönliche Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 EMRK umfassend sei und auch Beamte hiervon nicht von vornherein ausgenommen würden*».

[120] Cfr. marginal 169. Textualmente, «*in dem Verfahren Urcan u.a. v. Türkei entschied die Kammer der 2. Sektion des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte am 17. Juli 2008 über die Beschwerden mehrerer türkischer Lehrer, die von türkischen Gerichten wegen der Teilnahme an einem Streiktag zu Disziplinarstrafen verurteilt worden waren*».

[121] *Ibidem*. Textualmente, «*die Sanktionierung stelle einen Eingriff in Art. 11 EMRK … dar*».

[122] Cfr. marginal 170. Textualmente, «*im Verfahren Kaya und Seyhan v. Türkei entschied die Kammer der 2. Sektion über die Sanktionierung einer Teilnahme zweier Lehrkräfte und Gewerkschaftsmitglieder an einem Aktionstag gegen ein Gesetz zur Organisation des öffentlichen Dienstes (… Urteil vom 15. September 2009 …)*».

[123] *Ibidem*. Textualmente, «*die den Beschwerdeführern auferlegten Disziplinarmaßnahmen entsprächen keinem zwingenden gesellschaftlichen Bedürfnis und seien daher auch nicht in einer demokratischen Gesellschaft notwendig*».

[124] Cfr. marginal 171. Textualmente, «*im Verfahren Saime Özcan v. Türkei befasste sich die Kammer der 2. Sektion, ebenfalls am 15. September 2009, mit der Beschwerde einer Lehrerin, die zugleich Gewerkschaftsmitglied war und an einem nationalen Streiktag zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Beamten teilgenommen hatte*».

[125] *Ibidem*. Textualmente, «*sah die Kammer … eine Verletzung von Art. 11 EMRK*».

Sala de la Sección Segunda … constató de nuevo una violación del artículo 11 del C[onvenio] E[uropeo de] D[erechos] H[umanos]»[126].

Ahora bien, aun teniendo a la vista toda esta masa de jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, el Tribunal Federal Constitucional confirmó la compatibilidad entre el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la prohibición de que los funcionarios alemanes participasen en huelgas o sus sindicatos las declarasen, fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, porque no cabía trasladar mecánicamente o automáticamente las citadas siete decisiones sobre el Derecho funcionarial turco al Derecho funcionarial alemán, dada la diferencia de contextos jurídicos existente entre Turquía y Alemania, lo que provocaba que la segunda sólo pudiese estar vinculada por decisiones del Tribunal de Estrasburgo que tuviesen en cuenta ese peculiar contexto alemán, al amparo de lo dispuesto en el artículo 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a cuyo tenor «las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes»[127] (literalmente, siempre según el Tribunal Federal Constitucional, «la sentencia dictada contra Turquía …, en consecuencia, no posee eficacia de cosa juzgada directa respecto de la República Federal de Alemania»[128]; «las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, más allá del artículo 46 del C[onvenio] E[uropeo de] D[erechos] H[umanos], también tienen un significado específico en la interpretación del Derecho nacional conforme al convenio, por la eficacia orientativa y rectora que le es propia»[129]; «esta eficacia orientativa es especialmente intensa cuando se refiere a casos paralelos en el ámbito de aplicación del mismo ordenamiento jurídico, esto es, en procedimientos (diferentes) referidos al Estado contratante afectado por la decisión inicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»[130]; «más allá de estas situaciones paralelas, la eficacia orientativa y rectora hay que ponerla en juego por medio de un examen del ordenamiento jurídico propio»[131]). En segundo lugar, y esto despejado, porque la prohibición alemana estaba sólidamente anclada en el artículo 33 de la Constitución Federal, allí donde este precepto afirma que «hay que regular y desarrollar continuadamente el Derecho del servicio público, tomando en consideración los principios tradicionales del funcionariado de carrera»[132], resultando -con renovación de la confirmación de su constitucionalidad- que «la prohibición de huelga de los funcionarios representa un principio tradicional autónomo del funcionariado de carrera, en el sentido del artículo 33, apartado 5, de la C[onstitución] F[ederal]»[133], teniendo en cuenta que «cumple los requisitos necesarios de tradicionalismo … y sustancialidad …, para su calificación como principio tradicional»[134].

Por supuesto, esta Sentencia del Tribunal Federal Constitucional aparece noticiada en el templado y autorizado «Comentario Erfurtense», a que repetidamente vengo refiriéndome (literalmente, según la Sentencia del Tribunal Federal Constitucional de 12 junio 2018, «la

[126] *Ibidem*. Textualmente, «*im Urteil vom 13. Juli 2010 in dem Verfahren Çerikci v. Türkei, das die Streikteilnahme eines türkischen Kommunalbeamten und eine daraufhin ergangene Disziplinarmaßnahme betraf, … die Kammer der 2. Sektion … stellte wiederum eine Verletzung von Art. 11 EMRK fest*».

[127] Apartado 1.

[128] Cfr. marginal 173. Textualmente, «*unmittelbare Rechtskraftwirkung begründet das gegenüber der Türkei ergangene Urteil … für die Bundesrepublik Deutschland daher nicht*».

[129] *Ibidem*. Textualmente, «*entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte haben indes auch jenseits von Art. 46 EMRK über die ihnen eigene Leit- und Orientierungswirkung eine spezifische Bedeutung bei der konventionskonformen Auslegung des nationalen Rechts*».

[130] *Ibidem*. Textualmente, «*diese Orientierungswirkung ist dann besonders groß, wenn sie sich auf Parallelfälle im Geltungsbereich derselben Rechtsordnung bezieht, mithin (andere) Verfahren in dem von der Ausgangsentscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte betroffenen Vertragsstaat betrifft*».

[131] *Ibidem*. Textualmente, «*jenseits dieser Parallelsituationen ist der Leit- und Orientierungswirkung durch eine Überprüfung der eigenen Rechtsordnung … Rechnung zu tragen*».

[132] Apartado 5.

[133] Cfr. marginal 144. Textualmente, «*das Streikverbot für Beamte stellt einen eigenständigen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG dar*».

[134] *Ibidem*. Textualmente, «*es erfüllt die für eine Qualifikation als hergebrachter Grundsatz notwendigen Voraussetzungen der Traditionalität … und Substanzialität*».

prohibición general de la huelga [funcionarial] es conforme con el Derecho constitucional y conforme con el Derecho europeo para la generalidad de los funcionarios»)[135], indicándose en dicha obra -acerca del Convenio Europeo de Derechos Humanos- lo siguiente. Ante todo, que dicho Convenio y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (ratificado por Alemania en 1966), a diferencia de la Carta Social Europea, «tienen eficacia como Derecho federal directamente aplicable»[136]. Y luego, tras recordar que las restricciones contenidas en el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 31 de la Carta Social Europea son «de tenor casi igual»[137], que no cabe pasar por alto la posibilidad de que el artículo 11 en cuestión pudiese llegar a trastocar -si es que así lo decide el Tribunal de Estrasburgo- no sólo la prohibición alemana de la huelga de funcionarios, sino también todo el modelo contractual alemán de regulación del derecho de huelga (con sus prohibiciones de las huelgas no sindicales o de las huelgas generales, sobre las cuales no se pronunciaba el Tribunal Federal Constitucional, en 2018), al dar por supuesto que ambos instrumentos normativos del Consejo de Europa amparan un modelo de regulación del derecho de huelga completamente distinto del vigente a día de hoy en Alemania (literalmente, «la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos puede convertirse en una puerta indirecta de entrada a la práctica decisoria [sobre la Carta Social Europea] del Comité Europeo de Derechos Sociales»)[138]. En el momento en que esto escribo, la doctrina científica alemana confirma que la Sentencia del Tribunal Federal Constitucional ha sido recurrida ante el Tribunal de Estrasburgo, sin que este último se haya pronunciado todavía sobre el tema[139]. En todo caso, Alemania ha reaccionado, a partir de 2019, cerrando vías a que su peculiar modelo de regulación del derecho de huelga pueda seguir siendo declarado incompatible con los instrumentos sociales internacionales suscritos por ella.

6. LA RATIFICACIÓN POR ALEMANIA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA Y SU DECLARACIÓN INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 6, APARTADO 4, DE LA MISMA, RELAIVA AL MODELO CONTRACTUAL ALEMÁN DE DERECHO DE HUELGA

Tras la Sentencia citada del Tribunal Federal Constitucional de 12 junio 2018, un nuevo hecho relevante -que acabó provocando el hartazgo de Alemania- fue el de que el Comité Europeo de Derechos Sociales hiciese públicas, en 2019, sus últimas «conclusiones» relativas al cumplimiento por Alemania del apartado 4 del artículo 6 de la Carta Social Europea originaria. No se aludía en ellas a la Sentencia del Tribunal Federal Constitucional alemán de 2018, pues cubren el período de referencia comprendido entre los años 2013 y 2016. Ahora bien, en línea con todos sus precedentes -a que antes me referí-, resultan completamente demoledoras para el Gobierno alemán, pues se afirmaba en ellas lo siguiente: 1) «el Derecho alemán sobre la acción colectiva, basado en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución …, sigue prohibiendo las huelgas que no están conectadas con la conclusión de convenios colectivos»[140], de manera que «la prohibición de todas las huelgas no orientadas a la consecución de un convenio colectivo constituye una restricción excesiva del

[135] Véase MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Eds.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20ª ed., cit., p. 130.
[136] *Ibidem*, p. 1429.
[137] *Ibidem*, p. 112.
[138] *Ibidem*.
[139] Véase JACOBS, M. y PAYANDEH, M.: "The ban on strike action by career civil servants under the German Basic Law: how the Federal Constitutional Court constitutionally immunized the German legal order against the European Convention on Human Rights»", *German Law Journal*, n. º 21, 2020, pp. 223 y ss.
[140] Véase «Conclusions XXI-3 - Germany - Article 6-4». Textualmente, «*German law on collective action, based on Article 9§3 of the Constitution …, still prohibits strikes which are not concerned with the conclusion of collective agreements*».

derecho de huelga»[141]; 2) en cuanto al «derecho de convocatoria de una acción colectiva»[142], indica que «no ha habido cambios en la situación»[143], de manera que «los requisitos que debe cumplir un grupo de trabajadores para constituir un sindicato que satisfaga las condiciones de convocatoria de una huelga, constituyen una restricción excesiva del derecho de huelga»[144]; y 3) «todos los funcionarios públicos que no ejercen poderes en nombre del Estado deberían tener recurso a la acción huelguística en defensa de sus intereses»[145], de manera que «la negación del derecho de huelga a los funcionarios públicos en su conjunto, con independencia de si ejercen poderes públicos, constituye una restricción excesiva del derecho de huelga»[146].

En mi opinión, es claro que estas «conclusiones» del Comité Europeo de Derecho Sociales de 2019 sólo pueden ser calificadas, si es que se me permite la metáfora, como un auténtico canto del cisne, pues ya no volverán a repetirse nunca más. Ello se debe a que Alemania ratificó, por Ley de 12 noviembre 2020[147], la Carta Social Europea revisada de 1996 (rigurosamente coincidente con la Carta Social Europea originaria de 1961, en lo tocante al contenido del apartado 4 del artículo 6), pero teniendo en cuenta que el artículo 1 de dicha Ley de ratificación menciona hasta siete «declaraciones interpretativas [*Auslegungserklärungen*]», efectuadas a otros tantos preceptos de la Carta Social Europea revisada, entre las cuales se incluye una efectuada precisamente al «artículo 6, apartado 4». Se trata de una «declaración interpretativa contenida en una carta del Ministro federal de Asuntos Exteriores de Alemania, fechada el 15 febrero 2021, depositada simultáneamente con el instrumento de ratificación de 29 marzo 2021»[148], aclarándose que se redactó en las dos lenguas oficiales del Consejo de Europa (esto es, en inglés y en francés). En esta «declaración interpretativa» se afirma lo siguiente: 1) «la República Federal de Alemania interpreta que el artículo 6 (4) de la Carta Social Europea de 18 octubre 1961 y el artículo 6 (4) de la Carta Social Europea (revisada) de 3 mayo 1996 significan que el ejercicio lícito del derecho de huelga de los trabajadores puede condicionarse al cumplimiento de requisitos de admisibilidad»[149]; 2) «la República Federal de Alemania declara que los requisitos de admisibilidad de las huelgas desarrollados por los tribunales de la República Federal de Alemania en sus sentencias son aplicables a la cuestión de si el derecho de huelga de los trabajadores formalizado en el artículo 6 (4) de la Carta Social Europea de 18 octubre 1961 y en el artículo 6 (4) de la Carta Social Europea (revisada) de 3 mayo 1996 se ejercita lícitamente»[150]; y 3) «esto se aplica especialmente a los requisitos de admisibilidad exigiendo que la huelga debe servir para llevar a cabo un objetivo que pueda regularse por convenio colectivo, y a que las huelgas sólo pueden declararse por

[141] *Ibidem*. Textualmente, «*the prohibition on all strikes not aimed at achieving a collective agreement constitutes an excessive restriction on the right to strike*».

[142] *Ibidem*. Textualmente, «*entitlement to call a collective action*».

[143] *Ibidem*. Textualmente, «*there have been no changes to this situation*».

[144] *Ibidem*. Textualmente, «*the requirements to be met by a group of workers in order to form a union satisfying the conditions for calling a strike constitute an excessive restriction to the right to strike*».

[145] *Ibidem*. Textualmente, «*all public servants who do not exercise authority in the name of the State should have recourse to strike action in defence of their interests*».

[146] *Ibidem*. Textualmente, «*the denial of the right to strike to civil servants as a whole, regardless of whether they exercise public authority, constitutes an excessive restriction to the right to strike*».

[147] *Boletín Oficial Federal* de 24 noviembre 2020, parte II, pp. 900 y ss.

[148] Véase en el sitio en Internet del Consejo de Europa, ubicado en www.coe.int, con acceso directo en https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=163&codeNature=1 &codePays=GER.

[149] *Ibidem*. Textualmente, «*the Federal Republic of Germany interprets Article 6 (4) of the European Social Charter of 18 October 1961 and Article 6 (4) of the European Social Charter (revised) of 3 May 1996 to mean that the lawful use of the right to strike of workers can be made conditional on the fulfilment of admissibility requirements*».

[150] *Ibidem*. Textualmente, «*the Federal Republic of Germany declares that the admissibility requirements for strikes developed by courts in the Federal Republic of Germany in their judgments are applicable to the question whether the right to strike of workers enshrined in Article 6 (4) of the European Social Charter of 18 October 1961 and Article 6 (4) of the European Social Charter (revised) of 3 May 1996 is exercised lawfully*».

organizaciones de trabajadores legitimadas para negociaciones colectivas - organizaciones que deben cumplir las condiciones relativas a la capacidad para negociar colectivamente desarrolladas por los tribunales alemanes en sus sentencias»[151]. Como se ve, con esta «declaración interpretativa», queda blindado prácticamente en su integridad el peculiar modelo contractual alemán de derecho de huelga, a reserva de lo que decida en su día el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la huelga de funcionarios, la cual no aparece mencionada en absoluto por la misma.

Por lo demás, a diferencia de lo ocurrido en nuestro país (que no sólo ratificó en 2021 la Carta Social Europea revisada, sino también el Protocolo Adicional a la misma previendo un sistema de quejas colectivas de 1995, aunque lo publicado en el *Boletín Oficial del Estado* haya sido una versión oficiosa, en castellano, de ambos tratados internacionales)[152], Alemania ha eludido ratificar el Protocolo Adicional recién citado. Evidentemente, esta omisión obstruye la posibilidad de que los sindicatos alemanes, sean o no de funcionarios, planteen denuncias contra el Gobierno alemán por violación de sus derechos de libertad sindical, resultando ocioso recordar que esta otra vía de impugnación puede llegar a tener un impacto jurídico temible (doctrinalmente, se ha puesto de relieve entre nosotros que una de estas quejas colectivas obligó a refundar en Portugal su sistema de inspección de trabajo, que había sido acusado de corrupción, por causa de su inacción, frente al fenómeno del trabajo infantil en el sector primario, aparentemente tolerado por la sociedad portuguesa en su conjunto)[153]. En España, en cambio, el Gobierno español tendrá que activar todos sus mecanismos de defensa jurídica, pues -precisamente por la vía de este procedimiento de planteamiento de quejas colectivas- la central sindical UGT acaba de plantear una ante el Comité Europeo de Derechos Sociales con fecha 24 marzo 2022[154], en la que solicita «que declare la normativa española relativa a los despidos individuales sin justa causa (arts. 56 ET y art. 110 LRJS, así como legislación concordante) disconforme con el art. 24 CSER, en lo relativo a la previsión de un sistema de cálculo legalmente predeterminado desligado tanto de los daños reales sufridos por las personas trabajadoras a raíz de una decisión de despido abusivo, arbitraria o sin causa cuanto de efecto disuasorio»[155], así como «que adopte cuantas medidas están previstas en el sistema de la CSER para promover que el Estado español corrija esta violación del derecho reconocido en ella a una protección adecuada frente al despido (injustificado, abusivo)»[156].

7. EPÍLOGO

Tras sus sucesivos blindajes frente a interferencias potenciales del Derecho de la Unión Europea, en 1992, y frente a interferencias de presente o actuales por la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa, treinta años después de dicho primer blindaje, el modelo contractual alemán de regulación del derecho de huelga sólo tiene un flanco abierto a día de hoy, a ventilarse en el foro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y relativo únicamente al derecho de huelga de los funcionarios. Los destrozos provocados por una eventual revocación por el Tribunal de Estrasburgo de la Sentencia del Tribunal Federal Constitucional alemán de 2018, antes analizada, siempre resultarían susceptibles de ser, bien enervados, bien acotados, por parte del Gobierno alemán. Lo primero, formulando una reserva a la aplicación en Alemania del artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en línea con la «declaración

[151] *Ibidem*. Textualmente, «*this especially applies to admissibility requirements stipulating that a strike must serve to enforce an objective that can be regulated in a collective agreement and that strikes can only be held by workers' organisations entitled to conduct collective negotiations - organisations which must fulfil the conditions regarding this collective bargaining capacity developed by the German courts in their judgments*».

[152] Acerca de este tipo de errores de Derecho diplomático, véase *supra*, apartado **3**, párrafo primero.

[153] Sobre el tema, véase VÁZQUEZ VÁZQUEZ, F.: *La Carta Social Europea y la Inspección de Trabajo. Un estudio comparado de los ordenamientos español, portugués y francés por la vía del procedimiento de control de informes*, cit., pp. 101-111.

[154] Véase en el citado sitio en Internet del Consejo de Europa, con acceso directo en https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/-/no-207-2022-union-general-de-trabajadores-ugt-v-spain.

[155] P. 42.

[156] P. 43.

interpretativa», antes también abordada, relativa al apartado 4 del artículo 6 de la Carta Social Europea, en sus versiones originaria y revisada), lo que mantendría incólume la jurisprudencia constitucional dictada en interpretación del artículo 33 de la Constitución federal alemana. Lo segundo, metabolizando dicha eventual decisión desfavorable del Tribunal de Estrasburgo y, al mismo tiempo, minimizándola. Esto último -sin desmentir la configuración «contractual» del modelo alemán- podría conseguirse enmendando la legislación funcionarial ordinaria, pero ofreciéndole a los funcionarios con dicha enmienda un derecho de negociación colectiva descafeinado, orientado a la estipulación de pactos o acuerdos colectivos carentes de eficacia directa, supuesto que no contasen con el *placet* de la correspondiente Administración pública empleadora alemana. A fin de cuentas, es el modelo de negociación colectiva funcionarial (formalizado en el Estatuto Básico del Empleado Público) que tenemos en España[157], y que nadie considera entre nosotros -a pesar de su carácter de negociación colectiva de segunda división, frente a la negociación colectiva «laboral» protegida por el artículo 37 de la Constitución- que resulte incompatible con el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por lo demás, nuestro Tribunal Constitucional mantiene, como se sabe, el derecho de huelga de los funcionarios españoles al margen de la protección privilegiada otorgada por el artículo 28 de la Constitución (consecuentemente, no gozarían en este concreto caso de ningún derecho fundamental amparable)[158], sin que aparentemente tampoco nadie se haya propuesto demandar a nuestro país, invocando el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por una supuesta violación del derecho de huelga de nuestros funcionarios.

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO OLEA, M.: "En general, sobre las relaciones colectivas de trabajo; y sobre la sentencia interpretativa", en ALONSO OLEA, M.: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomo I, Madrid, Civitas, 1984.

ÁLVAREZ ALONSO, D.: "Salarios mínimos en la Unión Europea: propuesta de Directiva e implicaciones para España", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 151, 2021.

ARUFE VARELA, A.: *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.

ARUFE VARELA, A.: "El nuevo pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 49, 2018.

CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.

CUENCA CURBELO, S.: "El acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos: cómo presentar una demanda y peticiones de medidas cautelares", en ELÓSEGUI ITXASO, M., MORTE GÓMEZ, C., MENGUAL I MALLOL, A. M. y CANO PALOMARES, G. (Coords.): *Construyendo los derechos humanos en Estrasburgo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

DURÁN LÓPEZ, F.: "El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Temas Laborales*, n.º 145, 2018.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., AGRA VIFORCOS, B. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Derechos colectivos de los funcionarios públicos*, Murcia, Laborum, 2005.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Barcelona, Cedecs, 1996.

[157] Sobre el tema, véase FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Barcelona, Cedecs, 1996, pp. 27 y ss.; y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., AGRA VIFORCOS, B. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Derechos colectivos de los funcionarios públicos*, Murcia, Laborum, 2005, pp. 111 y ss.

[158] Sobre el tema, véase FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., AGRA VIFORCOS, B. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Derechos colectivos de los funcionarios públicos*, cit., pp. 157 y ss.

GARCÍA ROCA, F. J.: *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.

GAROT, M. J.: "La sentencia Kücükdeveci y los principios de primacía y efecto directo", *Noticias de la Unión Europea*, n.º 315, 2011.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y PÉREZ TREMPS, P.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2010.

JACOBS, M. y PAYANDEH, M.: "The ban on strike action by career civil servants under the German Basic Law: how the Federal Constitutional Court constitutionally immunized the German legal order against the European Convention on Human Rights»", *German Law Journal*, n. º 21, 2020.

KEMPEN, O. E. y ZACHERT, U. (Fundadores): *Tarifvertragsgesetz. Kommentar für die Praxis*, 5ª ed., Frankfurt a.M., Bund Verlag, 2014.

MARTÍNEZ GIRÓN, J.: "El género doctrinal "comentarios" en el Derecho alemán. A propósito del "Comentario Erfurtense" sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 141, 2009.

MARTÍNEZ GIRÓN, J.: "La nueva ley alemana reguladora del salario mínimo general. Comentario, estudio contextualizador y traducción castellana", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 41, 2015.

MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, A Coruña, Netbiblo, 2007.

MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, A Coruña, Netbiblo, 2009.

MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G..: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.

MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Eds.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20ª ed., Múnich, C.H. Beck 2020.

SACHS, M. (Ed.): *Grundgesetz. Kommentar*, 9ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2021.

TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.

TEIXEIRA ALVES, L.: *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de Salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, Barcelona, Atelier, 2014.

VÁZQUEZ VÁZQUEZ, F.: *La Carta Social Europea y la Inspección de Trabajo. Un estudio comparado de los ordenamientos español, portugués y francés por la vía del procedimiento de control de informes*, Barcelona, Atelier, 2018.

ZACHERT, U., MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, A Coruña, Netbiblo, 2008.

El permiso para la donación de sangre en España. Un estudio propositivo y comparado con el derecho polaco

The blood donation permit in Spain. A proactive study and comparison with Polish law

VÍCTOR RIBES MORENO *Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Cita sugerida: RIBES MORENO, V. "El permiso para la donación de sangre en España. Un estudio propositivo y comparado con el derecho polaco". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 3 (2022):* 187-195.

Resumen

Que España es un país solidario y altruista en cuanto a donación de órganos es un hecho notorio y probado, característica que afortunadamente también se traslada a la donación de sangre. No obstante, se ha aceptado que existe un permiso laboral para la donación de sangre mediante una fórmula indirecta que surge a raíz del artículo 37.3. d) del ET y 4.2 del Real Decreto 1088/2005. En este estudio analizaremos dicho permiso, la controversia por considerarse un "deber inexcusable" y como puede sentar las bases para futuros permisos que ayuden a salvar vidas. A su vez, estudiaremos como ha previsto la legislación polaca los permisos laborales para la donación de sangre.

Palabras clave

Donación de sangre; permiso laboral; derecho laboral polaco

Abstract

Spain being a supportive and altruistic country in terms of organ donation is a well-known and proven fact, a characteristic that fortunately also applies to blood donation. However, it has been accepted that there is a work permit for blood donation through an indirect formula that arises as a result of article 37.3. d) of the ET and 4.2 of Royal Decree 1088/2005. In this study, we analyse such permit, the controversy as it is considered an "inexcusable duty" and how it can lay the foundation for future permits that help save lives. At the same time, we will look at how Polish law provides for work permits for blood donation.

Keywords

Blood donation; work permit; Polish labour law

1. EL PERMISO LABORAL PARA LA DONACIÓN DE SANGRE EN ESPAÑA

De acuerdo con el preámbulo del Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión, la donación y transfusión de sangre es una necesidad permanente, ya que la sangre, plasma sanguíneo y otros elementos celulares no se puede fabricar ni substituir artificialmente. Por este motivo, la única forma de garantizar unas reservas adecuadas es mediante la donación voluntaria y altruista.

En este apartado veremos la controversia respecto al porque se ha asumido que es un deber inexcusable, las características del permiso y como los convenios colectivos han legislado este permiso sin tener en cuenta las previsiones del art. 37.3. d) del Estatuto de los Trabajadores.

1.1. Controversia acerca del "deber inexcusable" en la donación de sangre

El art. 4.2 del del Real Decreto 1088/2005 establece que *"el empleo del tiempo necesario para efectuar una donación de sangre será considerado a todos los efectos como cumplimiento de un deber de carácter público y personal"*. A raíz de este precepto, se ha aceptado que existe un permiso laboral para la hemodonación cuyo origen es el art. 37.3. d) del ET por el cual el trabajador puede ausentarse para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal.

Fecha Recepción: 24/02/2022 - Fecha Revisión: 10/04/2022 - Fecha Aceptación: 11/04/2022
Pags. 187-195

La controversia viene dada en la redacción de tal artículo, pues para que el permiso tenga efectos, la hemodonación debería considerarse un "deber inexcusable"[1], condición que no aparece reflejada en el texto del Real Decreto 1088/2005 y que BASTERRA HERNANDEZ[2] ya había afirmado que en esencia, la extracción voluntaria de sangre no podía ser considerada como un deber inexcusable.

Por esta razón, podemos afirmar que en realidad el art. 37.3. d) del ET no reconoce directamente ningún permiso para la donación de sangre, pero socialmente se asume que así es por dos motivos:

- El art. 4.3 del Real Decreto 1088/2005 que literalmente indica que "c*onstituye objetivo prioritario, del más alto nivel sanitario y social, el fomento, estímulo y apoyo de la donación de sangre humana, […] A tal efecto, las autoridades sanitarias competentes fomentarán las donaciones de sangre y adoptarán, entre otras, las siguientes medidas […] b) Facilitar la creación y perfeccionamiento de la adecuada infraestructura sanitaria al servicio de la donación de sangre, así como los demás medios materiales, sanitarios y sociales necesarios para su organización y desarrollo.".*
- La normativa derogada en la que se basa el Real Decreto 1088/2005[3] indicaba que todos los donantes de sangre tendrán derecho a no sufrir otro menoscabo que el correspondiente a la pérdida de sangre. Por lo que intuimos una tradición histórica por la cual los trabajadores que sean donantes no podrían ser sancionados al acudir a realizar dicha actividad.

Este debate en realidad tiene una fácil solución, que nos la otorga el derecho laboral cubano mediante la Ley No. 116, Código de Trabajo, de 20 de diciembre de 2013, cuyo artículo 116. i) establece que "*El trabajador cobra el salario que corresponde al tiempo de la jornada laboral a la que no asiste con conocimiento del empleador y lo acredita, de acuerdo con las regulaciones que para cada caso establece la ley, cuando concurran los motivos siguientes: […] i) realizar donación voluntaria de sangre"*.

Es decir, se trata de un permiso con similares características a los indicados en el art. 37.3 del ET con la diferencia de que la normativa cubana sí lo nombra explícitamente. Un detalle que *a priori* parece insignificante pero que en realidad solventaría los problemas que veremos en el apartado 1.3 respecto a la negociación colectiva - mayoritariamente extraestatutaria - que surgen a raíz de no estar mencionado explícitamente el permiso en el ET.

1.2. Características del permiso

Respecto a las características de la licencia, veremos en primer lugar las particularidades generales propias del art. 37.3. d) del ET y posteriormente las especialidades derivadas de ser considerado un deber inexcusable. Respecto a las primeras encontramos:

[1] El deber inexcusable en una normativa laboral un concepto que aparece por primera vez en el Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo, y se entiende como aquella obligación que tiene un ciudadano y cuyo incumplimiento daría paso a responsabilidades administrativas, civiles o penales. Actualmente se entiende la asistencia como jurado popular, declarar en un juicio o ser llamado a una mesa electoral entre otros.

[2] BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: "Los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET: un análisis aplicativo", *Revista Española de derecho del trabajo,* nº. 195, 2017, p. 45.

[3] Concretamente el art. 6 del Decreto 1574/1975, de 26 de junio, por el que se regula la hemodonación y los Bancos de Sangre y posterior actualización con el Real Decreto 1945/1985, de 9 de octubre, por el que se regula la hemodonación y los Bancos de Sangre.

a) Previo aviso y justificación.

En el caso de la donación de sangre queda en el aire cuanto tiempo hay que preavisar, pues a diferencia de la asistencia a un juicio, mesa electoral, votación, etc. el trabajador sabe con la antelación suficiente el día en el que debe estar presente para realizar el deber inexcusable. No obstante, en caso de que no estuviera previsto en el convenio colectivo, dependerá totalmente de la voluntariedad del trabajador para asistir en un día concreto a realizar la transfusión, por lo que debe preavisar con la suficiente antelación para no causar ningún perjuicio en la actividad productiva. Recordemos que no disponer de un periodo regulado de preaviso puede suponer una fuente de conflicto entre la empresa y el trabajador en caso de que este quiera disfrutar de una licencia.

b) Permiso retribuido.

Como indica el ET es un permiso con derecho a remuneración, por lo que no cabe deducción de salario alguna.

c) El permiso se concede por el tiempo indispensable.

El "tiempo indispensable" incluye también los tiempos de desplazamiento, sin embargo las dudas surgen sí en estos casos debería también considerarse también el tiempo de recuperación tras la donación. Para resolver esta pregunta, debemos atendernos a las recomendaciones básicas de los servicios sanitarios tras la transfusión y como afectarán, según la profesión del donante, en el cumplimiento de la normativa de seguridad e higiene del puesto de trabajo.

Las recomendaciones de la Cruz Roja que pueden afectar a la actividad laboral son la siguientes: eludir ambientes calurosos, evitar realizar deportes y actividades extenuantes al menos, hasta el día siguiente de la transfusión[4]. Mientras que el Servicio Andaluz de Salud aconseja además de las anteriores, no realizar actividades laborales que impliquen riesgo para sí mismo o para los demás, así como no conducir trayectos largos.

Como se intuye, el tiempo indispensable deberá incluir también el tiempo necesario de recuperación para que el trabajador retome la actividad laboral sin riesgos. No obstante, dependerá según profesiones ya que existe un mayor riesgo en actividades como la construcción, chóferes, transportistas, maquinistas, etc. que en otras como los trabajos de oficina. De este modo, un trabajador que se dedique a una actividad de riesgo y que done sangre al inicio de su jornada laboral debido a que no sea posible acudir a otra hora, entendemos que el permiso podría durar el resto de la jornada para que se garantice la vuelta a la actividad sin riesgo.

Por otra parte, también cabe la posibilidad de que el trabajador se desplace al centro de transfusión y que circunstancias ajenas a su deseo de donar sangre, los servicios sanitarios nieguen esta posibilidad. Estimamos oportuno afirmar que en caso de que el trabajador no haya actuado de mala fe - es decir, que sea conocedor que su estado le impide ser donante - el trabajador podrá justificada la ausencia e incluso siendo esta retribuida, por el tiempo de desplazamiento y por el de tiempo que haya pasado en el centro de transfusión.

a) Combinar le permiso con vacaciones y otros permisos.

Recordemos que la finalidad de la norma no es otorgar días libres. Es decir, que si el trabajador se encontrara en otra situación como un permiso de matrimonio o bien vacaciones - entre otros - y decidiera realizar una donación de sangre, no es motivo para que acumule un periodo de descanso extra que le exima de acudir al trabajo.

b) Límites a la donación.

[4] Recomendaciones disponibles en los siguientes enlaces https://www.donarsangre.org/informacion-basica-para-donantes-madrid/ y http://www.donantescordoba.org/content/despues-de-donar-%3Fse-puede-hacer-vida-normal Fecha de visita 1 de febrero de 2022.

El límite para ejercer el permiso para donar sangre lo impone el anexo II del Real Decreto 1088/2005 respecto al criterio de selección de los donantes y el cual indica que el intervalo mínimo entre dos extracciones será de dos meses, fijando un límite anual de cuatro extracciones en los hombres y de tres en las mujeres.

c) Exclusión de la donación de plasma sanguíneo y componentes celulares.

El art. 4.1 del Real Decreto 1088/2005 define la donación voluntaria y altruista como aquella persona que dona sangre, plasma o componentes por su propia voluntad. Sin embargo, acorde el apartado 2 del mismo artículo, solamente computará a efectos de ser computado como un cumplimiento de deber de carácter público y personal la donación de sangre.

En segundo lugar, al asumir que es un deber inexcusable debemos añadir otras características:

a) Es un deber personal y voluntario.

Aunque es una obviedad, una de las características de los deberes inexcusables es que no puede ser cumplido por un substituto o apoderado.

b) No hay alternativa para ejecutarse fuera del horario de trabajo.

Como señalan AGOTE EGUIZABAL y OTAEGUI[5] el deber tiene razón de ser si no puede ser ejecutado en horario distinto al de la ocupación efectiva del puesto de trabajo.

c) El empresario no puede denegar el permiso.

Especialidad que constituye otra de las polémicas de este permiso, pues el deber inexcusable no puede ser denegado por el empresario.

1.3. El permiso en la negociación colectiva

El permiso para donar sangre también aparece mencionado explícitamente en la negociación colectiva - tanto estatutaria como extraestatutaria - y como veremos, en la mayoría de los casos se incumple el mínimo establecido en el ET. Algunos ejemplos son:

a) Convenio colectivo de la empresa T-Systems ITC Iberia, S.A.U. Código de convenio 90103362012019.

El anexo VI prevé el permiso retribuido para las donaciones de sangre en beneficio de familiares de 1º o 2º grado de consanguinidad o afinidad, u otro trabajador de la empresa. En este caso, el convenio da a entender que las donaciones se están limitando solamente a los familiares o compañeros de trabajo, lo que iría en contra de los principios de altruismo del Real Decreto 1088/2005, por lo que un trabajador bajo ese convenio no debería tener problemas para poder efectuar donaciones de sangre en cualquier centro de transfusión aunque el destinatario sea un sujeto distinto al mencionado en el convenio.

b) Convenio colectivo de la empresa Asturiana de Zinc, S.A.U. Fábrica de Zinc Electrolítico del San Juan de Nieva. Código de convenio 33000091011979.

El art. 12. m) establece que el trabajador, preavisando con la mayor antelación posible dispondrá de un día natural al año para ir a donar sangre. Una previsión que restringe las donaciones máximas del anexo II del Real Decreto 1088/2005, e indirectamente limita el acceso al permiso del art. 37.3. d) del ET, por lo que estaríamos ante un caso de vulneración del principio de jerarquía normativa.

[5] AGOTE EGUIZABAL R. y OTAEGUI, E.: "Artículo 37, Descanso semanal, fiestas y permisos", en DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con Jurisprudencia*, 2º edición, La Ley, 2007, p. 689.

c) Preacuerdo del IX Convenio colectivo de Volkswagen Navarra.

El art. 12 respecto a los asuntos sociales regula que se podrá disponer de dos ausencias al año que deberán tomarse de lunes a jueves y coincidiendo con el fin de la jornada de mañana o el inicio del turno de tarde.

En cuanto a las ausencias se aplica el mismo caso del supuesto anterior, sin embargo nos encontramos ante un límite nuevo al restringir el permiso a un horario concreto. Aspecto que evidentemente no tendría validez alguna pues como hemos comentado, el deber inexcusable surge de la imposibilidad de realizarlo fuera del horario laboral.

d) Convenio colectivo de trabajo de ámbito provincial, para el Comercio en general (excepto alimentación) de Valladolid y Provincia. Código de Convenio 47000075011983.

El art. 25.1. d) indica que las personas trabajadoras, para donar sangre, tendrán derecho a dos horas de permiso (que se computarán al inicio de la jornada de trabajo) de forma que iniciará la jornada de mañana dos horas más tarde de la ordinaria establecida.

En este supuesto estaríamos limitando el tiempo indispensable del art. 37.3 del ET.

e) Convenio colectivo de Sector de Industrias Siderometalúrgicas de Palencia. Código de Convenio 34000355011981.

El art. 21. k) establece el permiso retribuido para el tiempo indispensable, pero seguidamente lo limita un máximo de cuatro horas diarias durante dos días al año. Precepto similar a los estudiados anteriormente, aunque llama la atención la notable contradicción al establecer el permiso por tiempo indispensable y seguidamente interponer un límite de cuatro horas.

2. EL PERMISO LABORAL PARA LA DONACIÓN DE SANGRE EN POLONIA

La razón principal por la que estudiaremos la legislación polaca es debido a que es una norma relativamente simple pero especialmente protectora con el trabajador. Aunque como veremos, tampoco está libre de polémicas.

2.1. Características del permiso

La licencia surge a raíz de la Ordenanza del ministro de Trabajo y Política Social de 15 de mayo de 1996 sobre la justificación del ausentismo y concesión de licencias a los empleados[6]. Concretamente el art. 12 dice que "*el empleador está obligado a conceder un permiso al trabajador por el tiempo especificado por el servicio de transfusión con el fin de que pueda donar sangre"* y por otra parte, la Ley de 22 de agosto de 1997 sobre el Servicio Público de Sangre[7] cuyo art. 9.1 establece que el trabajador tendrá derecho a la exención de la actividad laboral durante el día que done sangre.

No obstante, este último artículo fue objeto de reforma a causa de la pandemia de COVID-19 mediante la Ley de 21 de enero de 2021 por la que se modifica la Ley de soluciones específicas en materia de prevención, prevención y lucha contra el COVID-19, otras enfermedades infecciosas y situaciones de crisis provocadas por las mismas y otras determinadas leyes[8], cuyo art. 3 añade un nuevo apartado al art. 9 de la Ley de 22 de agosto de 1997 sobre el Servicio Público de Sangre por

[6] *Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 15 maja 1996 r. w sprawie sposobu usprawiedliwiania nieobecności w pracy oraz udzielania pracownikom zwolnień od pracy.*

[7] *Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi.*

[8] *Ustawa z dnia 21 stycznia 2021 r. o zmianie ustawy o zczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw.*

el cual, un donante habitual de sangre[9] tendrá adicionalmente derecho a ausentarse del trabajo el día siguiente donación mientras dure la situación de emergencia epidemiológica declarada por el estado. Es decir, podrá disponer de dos días de permiso retribuidos.

Del régimen descrito permite inferir las características institucionales del permiso, que sintetizamos del siguiente modo:

a) En cuanto a la exención de trabajar. Por norma general, el día de la donación todos los trabajadores disponen de un permiso para toda la jornada laboral. No obstante, si el trabajador está considerado como donante habitual de sangre y mientras dure la situación epidemiológica de COVID, dispondrá de un día adicional que corresponderá al día siguiente de la donación[10]. Por último, hay que añadir que el permiso contempla no solamente a la donación de sangre sino también la donación de plasma sanguíneo.

b) Similar a la normativa española. El permiso sólo puede utilizarse para el día de donación. Si el empleado asiste al centro de transfusión durante sus vacaciones, no hay motivos para concederle el permiso.

c) De acuerdo con el art. 2.1 de la Ordenanza del ministro de Trabajo y Política Social de 15 de mayo de 1996 sobre la justificación del ausentismo y concesión de licencias a los empleados, el empleado está obligado a preavisar por el motivo y la duración de la ausencia si esta es conocida de antemano. Mientras que el apartado 2 del mismo artículo, indica que si existen razones que impidan al trabajador presentarse al trabajo, éste deberá notificar inmediatamente al empresario el motivo de su ausencia y su duración prevista, pero a más tardar el segundo día de ausencia del trabajo.

d) El empresario no puede denegar el permiso para que el trabajador ejerza su derecho a la donación de sangre.

e) No existe límite a las donaciones de sangre o plasma más allá de las recomendaciones sanitarias.

2.2. Principales aspectos controvertidos del permiso

Primeramente debemos indicar que efectivamente, tal y como está redactada la normativa el empleado puede acogerse a este permiso cuando lo considere necesario, simplemente preavisando con antelación. No obstante, la problemática que presenta la licencia es el uso por parte de los donantes para ampliar un periodo de vacaciones o realizar actividades privadas debido al mencionado apartado 2 de la Ordenanza del ministro de Trabajo y Política Social de 15 de mayo de 1996 sobre la justificación del ausentismo y concesión de licencias a los empleados por el cual, si existen razones que impidan al trabajador presentarse en su puesto, éste deberá notificar al empresario el motivo de su ausencia a más tardar el segundo día de ausencia del trabajo. Es decir, el trabajador podría irse de vacaciones y en caso de querer prolongarlas un día más puede realizar una donación de sangre y avisar al empresario a su vuelta quedando justificada su ausencia.

De hecho, sobre esta conducta se hacía eco la revista especializada en derecho *Prawo*[11], en la cual se ponía de manifiesto el malestar de los empresarios debido a que algunos trabajadores

[9] Conocidos como donantes honoríficos (*honorowym dawcom krwi)* siendo reconocidas aquellas mujeres que hayan dado al menos 5 litros de sangre y los hombres que hayan dado 6 litros.

[10] La inspección de trabajo ha resuelto que, al indicar la normativa como exención adicional "el día siguiente de la donación" no tiene cabida realizar una extracción de sangre un viernes y que el trabajador tome el lunes siguiente de permiso. Es decir, que se computa por días naturales.

[11] Revista perteneciente a Wolters Kluwer. Enlace al artículo: https://www.prawo.pl/kadry/dni-wolne-dla-krwiodawcow-uciazliwym-obowiazkiem-pracodawcow,510264.html Fecha de visita 21 de febrero de 2022.

utilizan el permiso para donación de sangre como una forma de extender el fin de semana a cargo de la empresa.

Para evitar casos de abusos como el mencionado, entra en juego el art. 52 y 100 del *Kodeks Pracy,* el equivalente a nuestro Estatuto de los Trabajadores. El art. 100[12] establece en el apartado segundo que el trabajador debe respetar el tiempo de trabajo establecido por la compañía y cumplir con los principios de convivencia social[13], motivos por el cual, de apreciar el empresario una conducta inadecuada por parte del trabajador podría extinguir el contrato de trabajo sin previo aviso mediante el art. 52.1.1 en base a un incumplimiento grave de las obligaciones laborales básicas.

Una medida sin duda drástica, que pretende ser atenuada en el apartado segundo y tercero por el cual la falta prescribirá transcurrido un mes a contar desde el que el empresario tiene conocimiento de la falta, y en caso de que decida extinguir el contrato, previamente deberá haber realizado consultas a la organización sindical que represente al trabajador.

Sobre la aplicación del art. 52 también se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Varsovia, en sentencia del 17 de noviembre de 2005[14] cuyo fallo resuelve que el incumplimiento grave del art. 52 debe ser causado de forma consciente y culpable y constituir una amenaza para los intereses de la empresa.

En otra sentencia, en este caso del Tribunal Supremo en sentencia del 26 de marzo de 2016[15], añade que el incumplimiento grave de los deberes de los trabajadores incluye tres elementos: la vulneración del deber laboral básico, el perjuicio de los intereses del empresario y la culpabilidad que incluya tanto una conducta dolosa como negligencia grave. Elementos que recalca el tribunal que, todos ellos deberán concurrir para que el empresario pueda valerse del art. 52.1 y extinguir el contrato de trabajo del empleado.

En conclusión cabe señalar que el hecho de tomar un día libre en el trabajo sin informar a la empresa y bajo el pretexto de realizar una donación de sangre, no parece que *a priori* pudiera constituir una amenaza para los intereses de la empresa. Aunque entendemos que dependerá de cada caso individualizado y deberá ser la empresa quién pruebe dicho perjuicio. Mientras que, si el trabajador preavisa con antelación que va a realizar la donación, cumpliendo con la Ordenanza del ministro de Trabajo y Política Social de 15 de mayo de 1996 sobre la justificación del ausentismo y concesión de licencias a los empleados, no parece que habría motivos suficientes para considerar su conducta como un comportamiento grave aun tomando el permiso antes o después de unas vacaciones o para alargar un puente festivo.

3. CONCLUSIONES

La razón por la que hemos elegido estudiar el permiso para la donación de sangre es debido a que permitiría sentar las bases para legislar otras donaciones actualmente no previstas en la normativa española como pueden ser las donaciones por aféresis[16], autólogas[17] o las de médula ósea o en caso de que en un futuro se desarrollen nuevas tecnologías que necesite de un donante para salvar una vida. No obstante habría que subsanar algunas deficiencias, a destacar:

[12] Relativo a las obligaciones del trabajador.

[13] De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1997 (W*yrok Sąd Najwyższy z 21 lutego 1997 r., I PKN 15/97*) son aquellas situaciones en las que existe una conducta por parte del empleado que genere tensión, conflictos y amenazas a la convivencia.

[14] *Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17 listopada 2005 r., III APa 103/04.*

[15] *Wyrok Sądu Najwyższego z 22 marca 2016 r., I PK 94/15.*

[16] Consiste en recolectar uno o más componentes de la sangre como las plaquetas, glóbulos rojos o plasma y posteriormente se devuelve el resto de la extracción al donante.

[17] La donación autóloga es aquella en que tanto el donante como el receptor es la misma persona. Entre algunos ejemplos, se realiza por recomendación médica antes de una cirugía en la que esté previsto que el paciente pueda perder una cantidad significativa de sangre.

1) Acerca de la duración del permiso

La finalidad del permiso no es otro que hacer una donación voluntaria con el objetivo de salvar vidas. Ofrecer el día entero de permiso, caso similar a la norma polaca, podría incentivar la solidaridad de un mayor número de personas, garantizaría al trabajador el tiempo de descanso necesario sin tener que entrar a valorar las características del trabajo realizado y evitaría un potencial conflicto entre el empleado y la empresa.

2) Sobre la retribución del permiso.

Una de las críticas que recibe el permiso polaco es que sea el empresario quién deba abonar el coste de la licencia. Aspecto que podría darse también en España. Una solución a este problema sería que la Seguridad Social bonificara el costo de los seguros sociales (contingencias comunes y profesionales) por este día, además de considerar el día de la donación como una IT en el que el empleado cobre el 100% de su la base de cotización.

3) Establecer un preaviso óptimo que garantice el correcto funcionamiento de la actividad laboral.

Para evitar situaciones vistas en la legislación polaca es necesario un preaviso que se comunique al empresario con la suficiente antelación que evite cualquier abuso por parte del trabajador. Por ejemplo, 48 horas podría ser un plazo razonable de preaviso. Materia que podría estar abierta a negociación colectiva.

4) Debatir si otras donaciones como los componentes sanguíneos, celulares y médula ósea deberían asimilarse al permiso para la donación de sangre.

Pondremos como ejemplo la Ley peruana Número 27282 de fomento de la donación de órganos y tejidos humanos, una normativa verdaderamente interesante de estudiar debido a que está íntegramente dedicada a las donaciones que permitirán salvar la vida de otras personas. La norma reconoce en el art. 10 el permiso laboral para realizar donaciones por aféresis y autólogas, mientras que el art. 14 reconoce la licencia para las donaciones de médula ósea por el periodo que determine el médico especialista.

Aunque entendemos la dificultad de promulgar una Ley similar en España, cabe como potencial solución, seguir el ejemplo de la normativa cubana, mencionada al principio del artículo. Para ello sería necesario reformar el art. 37.3 del ET e incluir un nuevo apartado - el h) si seguimos el orden natural - que recogiera explícitamente el permiso retribuido para donar sangre, componentes sanguíneos y médula ósea - a debate quedaría especificar por cuanto tiempo - y de este modo sentar una base sobre la que trabajar en caso de necesidad de actualizarse en el futuro.

Un ejemplo de cómo podría ser la redacción del nuevo apartado, partiendo del 37.3 del ET es la siguiente: El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: *"h) por el tiempo indispensable para para la donación altruista y voluntaria de sangre, incluida la aféresis y autólogas, y por el tiempo que determine el personal médico para las donaciones de médula ósea"*. De este modo conseguimos sentar una base legal explícitamente regulada en el ET que no dependa indirectamente de otras normativas, y a su vez, simplificaría acometer una potencial reforma en un futuro si fuera necesario. Por otra parte, también acabaría con las potenciales dudas sobre el permiso, como por ejemplo, si debe ser considerado un "deber inexcusable", preaviso previo, duración, etc. y evitaría que la negociación colectiva legisle permisos más restrictivos a causa del desconocimiento sobre este supuesto. Por último, incluir y ampliar la licencia en el ET supondría dar visibilidad a un permiso, que por lo general, es desconocido para el conjunto de trabajadores y que podría incitar a un aumento de las donaciones de sangre que al fin y al cabo, acabarán salvando vidas.

4. BIBLIOGRAFÍA

AGOTE EGUIZABAL R. y OTAEGUI, E.: "Artículo 37, Descanso semanal, fiestas y permisos", en DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con Jurisprudencia*, 2º edición, La Ley, 2007.

ALBIOL MONTESINOS, I.: "Permisos retribuidos (art. 37. 3 ET), *Actualidad laboral*, n.º 13-22, 2004.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J. C.: "Del permiso laboral para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal", *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n.º 65, 1996.

BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: "Los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET: un análisis aplicativo", *Revista Española de derecho del trabajo,* n.º 195, 2017.

GARCÍA ORTEGA, J. y MORENO CÁLIZ, S.: "Descanso semanal, fiestas y permisos (Art. 37 ET)", en GARCÍA NINET, J. I., (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores: (de 1980 a 2005): (homenaje al profesor doctor Luis Enrique de la Villa Gil),* Centro de Estudios Financieros, 2005.

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

Laborum

La reforma laboral de 2021 en España, cambio de tendencia en la regulación de la contratación temporal

The labour reform of 2021 in Spain, a change of trend in the regulation of temporary contracts

MIKEL DE LA FUENTE LAVÍN *Profesor titular de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unbertsitatea (UPV/EHU)*
https://orcid.org/0000-0001-6099-1721

JON BERNAT ZUBIRI REY *Profesor adjunto de Economía Aplicada en la Facultad de Relaciones Laborales de la UPV/EHU. Investigador asociado de la Universidad de Grenoble-Alpes.*
https://orcid.org/0000-0002-1891-0366

Cita sugerida: DE LA FUENTE LAVÍN, M. y BERNAT ZUBIRI REY, J. "La reforma laboral de 2021 en España, cambio de tendencia en la regulación de la contratación temporal". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 3 (2022):* 199-223.

Resumen

El artículo expone la evolución en España de las diversas modalidades de contratación laboral temporal y sus modificaciones por cada una de las reformas laborales tras la aprobación del Estatuto de los Trabajadores en 1980, así como la contribución de cada tipo de contratación a una tasa de temporalidad muy elevada, también y especialmente entre las mujeres que trabajan en el sector público. A continuación se exponen las modificaciones en las causas que permiten la contratación temporal en el Real Decreto Ley 32/2021, las nuevas figuras contractuales, la virtualidad de cada una de ellas no solo para reducir la temporalidad laboral sino también para proporcionar estabilidad en el empleo, así como los márgenes que aún se mantienen para escapar a la contratación indefinida. Se valora la contribución a la reducción de la temporalidad de las mayores penalizaciones de los contratos de muy corta duración y del nuevo régimen sancionador.

Palabras clave

Reforma laboral; Contratación temporal; Reducción temporalidad; Empleo público; Empleo privado

Abstract

The article describes the evolution in Spain of the different types of temporary employment contracts and their modifications by each of the labour reforms after the approval of the Workers' Statute in 1980, as well as the contribution of each type of contract to a very high rate of temporary employment, also and especially among women working in the public sector. The following is a description of the changes in the causes that allow for temporary contracts in Royal Decree Law 32/2021, the new types of contracts, the potential of each of them not only to reduce temporary employment but also to provide employment stability, as well as the margins that still remain to escape from indefinite contracts. The contribution of the increased penalties for very short-term contracts and the new sanctioning regime to the reduction of seasonality is appreciated.

Keywords

Labour reform; Temporary recruitment; temporary employment reduction; Public employment; Private employment

1. INTRODUCCIÓN

Las sucesivas reformas laborales, desde la implantación del Estatuto de los Trabajadores (ET) en 1980 hasta nuestros días, han permitido la proliferación de modalidades contractuales temporales, tendencia que se trata de invertir con la última reforma aprobada 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 en el mercado de trabajo[1]. La fragmentación y

[1] BOE n.º 313, de 30/12/2021. El RD-ley ha sido convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 3 de febrero de 2022 (BOE núm, 33, 8/2/2022), contra la que se han anunciado recursos al TC por el Partido Popular y Vox.

Fecha Recepción: 19/02/2022 - Fecha Revisión: 02/04/2022 - Fecha Aceptación: 03/04/2022
Pags. 199-223

desestabilización de las condiciones de empleo pone a España a la cabeza europea en la temporalidad del empleo, siendo especialmente grave la situación de las mujeres en el sector público.

El estudio de las reformas laborales realizadas en España en los últimos 40 años nos permite observar que se va facilitando la contratación temporal, mediante su flexibilización y creciente incentivación, con el supuesto objetivo de impulsar un descenso del alto paro juvenil mediante la activación en cada vez más variadas formas contractuales, y la degradación progresiva del empleo indefinido, favorecida por una normativa cada vez más flexibilizadora del despido que no se ha abordado en el RD-ley 32/2021.

La insuficiente protección contra los despidos injustificados[2] se ha expresado de forma múltiple, que se enumera esquemáticamente: a través de la ampliación de las causas de los despidos "por causas objetivas", tanto individuales como colectivos (arts. 51.1 y 52 ET); de la extensión al personal laboral de las administraciones públicas del despido objetivo por causas económicas (Disposición adicional vigésima ET); de la supresión de las autorizaciones administrativas de este último (art. 51.2 ET); de la limitación de la obligación de readmisión a los despidos discriminatorios (art. 55.6 LET), difíciles de probar, que han experimentado una evolución normativa que ha reducido los supuestos aplicables y a los que, además, la jurisprudencia del TS les ha otorgado escasa protección[3]. La reducción de los costes de despido se ha concretado en las menores indemnizaciones por despido improcedente, al pasar de 45 a 33 días por año trabajado, con un máximo de 42 mensualidades (art. 56.1 ET) y en la supresión de los salarios de tramitación en los despidos improcedentes cuando la empresa no readmita al trabajador y opte por la indemnización (art. 56.2 ET), con la consecuencia de penalizar la opción de la readmisión. Así se ha reforzado la opción indemnizatoria, más aún cuando la alta tasa de temporalidad, y con ello las reducidas indemnizaciones, por calcularse en base a la antigüedad, dan lugar a que la parte mayoritaria a abonar a la persona trabajadora ha venido siendo los salarios de tramitación[4].

Este estudio tiene por objetivo analizar la evolución de la temporalidad en los contratos de trabajo y valorar los posibles y previsibles efectos en la reducción de la misma motivados por la nueva normativa contenida en el citado RD-ley 32/2021, por lo que el análisis del contenido del mismo obvia la generalidad de los problemas de interpretación jurídica del texto. Tampoco se inserta el estudio en una valoración general de la reforma legal, sobre la cual los autores no mantienen la misma posición.

Por tanto, en primer lugar, expondremos la evolución de la regulación laboral y del empleo asalariado en España durante los últimos 40 años. Analizaremos las reformas laborales de 1980 hasta 2012, indicando los principales aspectos en materia de contratación que han permitido la proliferación de posibilidades de desestabilización del empleo mediante el uso cada vez más laxo de contratos temporales. Acto seguido, completaremos este segundo apartado con la evolución del empleo salariado, atendiendo a los tipos de contrato y a la diferenciación entre actividades des sector privado y del público. El tercer apartado abordará el impacto normativo del RD-ley 32/2021 en materia de contratación, apuntando los objetivos gubernamentales de reducir la temporalidad en

[2] Véase un análisis de las insuficiencias de la protección contra el despido en España a la vista del art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en DE LA FUENTE LAVIN, M.: "Art. 30: La protección en caso de despido injustificado, insuficiente para contrarrestar la tendencia flexibilizadora y de subordinación de lo social", en ORDEÑANA GEZURAGA, I., (Dir.) *et al*: *La Carta de los Derechos Fundamentles de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico español,* Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 539-546.

[3] El TS no considera fraude de ley el despido con causa falsa e inventada, que persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, que no admite el despido sin causa. Véase BENGOETXEA, A. y DE LA CAL, Mª. L.: *La flexiseguridad como clave de la política de empleo de la Unión Europea, entre la competitividad, la inclusión social y el respeto a los derechos sociales,* Vitoria, Eurobask, 2011, p. 29.

[4] GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad,* Monografía de Temas Laborales, n.º 44, Junta de Andalucía, 2010, p. 23.

el empleo, tanto público como privado, así como señalando también las potencialidades y límites de algunos de sus aspectos centrales en este campo. Con todo ello, pretendemos contribuir a un debate central en la esfera política y social de 2022, momento en el que desarrollamos, discutimos y redactamos esta contribución.

2. TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO DEL MODELO ESPAÑOL DE CONTRATACIÓN TRAS 40 AÑOS DE REFORMAS LABORALES REGRESIVAS

2.1. Aumento de las posibilidades de contratación temporal en las reformas laborales de 1980 a 2012

Por remontarnos al origen de este proceso, hay que apuntar que la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET) fue aprobada sin consultar a las organizaciones sindicales, en el contexto de conflictividad social de la época. En esta reconstitución de la legislación laboral se establece una equidistancia entre la contratación indefinida y la temporal y se facilita el derecho de los empresarios al despido, sentando las bases de un modelo laboral que ha estado precisamente basado en estos dos elementos, el aumento de la temporalidad y el despido como vía prioritaria para hacer frente a las inevitables crisis periódicas capitalistas.

Es necesario comenzar señalando, por tanto, que el ET de 1980 no solo consolida muchos elementos de la legislación franquista en materia laboral, sino que además inaugura la implantación de nuevas modalidades de empleo temporal que será la tónica posterior de las sucesivas reformas. Además de los contratos temporales clásicos, ligados a las necesidades coyunturales de la producción para realizar trabajos por obra o servicio, por circunstancias del mercado o por sustitución de trabajadores con reserva del puesto, se crean los *Contratos de fomento del empleo.* Estos últimos buscan facilitar la contratación temporal de personas de edad avanzada, discapacitadas, desempleadas o que acceden a su primer empleo, aunque fuera para ocupar un puesto o función estable de la empresa. Desde entonces una parte creciente de los nuevos puestos creados en España resultan ser "permanentemente temporales", abriendo la senda que ahondarán muchas de las reformas posteriores, en las que se irán creando nuevos tipos de contratos, al tiempo que se flexibiliza la utilización de los existentes.

La modificación del ET mediante la Ley 32/1984, de 2 de agosto, fue llevada a cabo por el primer gobierno del PSOE, suponiendo un avance en la normalización del empleo temporal. Desaparecen los principios de causalidad en los *Contratos de fomento del empleo*, suponiendo una fuerte liberalización de modalidades contractuales hasta ahora asociadas al empleo coyuntural. Se amplía la duración posible para los *Contratos de incitación al empleo, los Contratos de formación y los Contratos de prácticas*, creándose también nuevas formas contractuales temporales que suponen la proliferación del empleo juvenil en modalidades temporales, tales como el *Contrato de lanzamiento de nueva actividad* o el *Contrato de relevo*. Esta reforma lleva por tanto a una proliferación de los empleos temporales en las nuevas contrataciones, llegando ya en 1992 a un 34%[5] y acentuando la segmentación existente entre el grupo central de personas trabajadoras estables y una masa asalariada creciente de inestables[6].

Tras la masiva huelga general de 1988 y la retirada del plan de Empleo Joven, el siguiente hito relevante de la mutación legislativa en materia laboral es la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, que eliminaba los *Contratos de fomento del empleo*, restableciendo parcialmente los principios de causalidad en las contrataciones temporales, porque "da a los acuerdos sectoriales la posibilidad de modificar el uso

[5] BANYULS, J. and RECIO, A.: "Labour segmentation and precariousness in Spain: theories and evidence", in GRIMSHAW *et al*, (2017, p. 133.

[6] POLAVIEJA, J.: "¿ Por qué es tan alta la tasa de empleo temporal? España en perspectiva comparada", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (REIS), 113.1, 2006, pp. 86-105.

del contrato eventual sea cual sea su duración máxima"[7]. A pesar de este avance, la reforma ampliaba la tipología de los empleos a tiempo parcial con el *Contrato de aprendizaje*, más conocido como "contrato basura", lo que supone una sustitución de las modalidades desaparecidas sin impulsar una reducción del fenómeno de la temporalidad[8]. Acto seguido, la Ley 14/1994, de 1 de junio, liberalizaba la intermediación en el "mercado de trabajo", suponiendo el final del monopolio de los Servicios Públicos de Empleo en las labores de intermediación y colocación, favoreciendo la proliferación de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), las cuales firman unos nuevos *Contratos de puesta a disposición* de sus trabajadores al servicio de terceras empresas. Estos contratos pasan desde 129.118 en 1995 a 2.002.039 en 1999, permaneciendo en esas cantidades anuales hasta una nueva subida desde el 2004 hasta llegar a 2.705.043 contratos en 2007[9], para descender por la crisis y volver a subir hasta 4.342.824 en 2019 y, finalmente, 3.414.733 en 2020[10].

Todas las reformas que se han realizado desde entonces, supuestamente para reducir el fenómeno de la temporalidad creciente de la población asalariada y para incitar un empleo más estable, se han fundamentado en la creación de nuevas tipologías de empleo indefinido con menores garantías y rebajas en los costes de las cotizaciones a la seguridad social, mediante la concesión de exoneraciones y bonificaciones sociales que han contribuido a la reducción de la recaudación a la Seguridad Social y, con ello, a la justificación de las medidas de recorte en la cobertura y cuantía de las prestaciones, especialmente las pensiones. Esa menor recaudación se ha traducido en menores ingresos en los Presupuestos de la Seguridad Social y no han sido financiados por el Estado, a pesar de lo que se propone en la Recomendación Primera del Pacto de Toledo de 2020, que atribuye ese gasto a la fiscalidad general. Según los Presupuestos de la Seguridad Social para el 2021, el Estado habrá transferido a la Seguridad Social en ese año una cantidad inferior a los 1.800 millones de euros, cifra notablemente inferior al importe de las exoneraciones y bonificaciones de cotizaciones.

Con la llegada del PP al Gobierno, se aprobó la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida, mediante la que se crea el C*ontrato de fomento de la contratación indefinida* dirigido a jóvenes de 18 a 29 años, mayores de 45 años, parados de larga duración, personas con discapacidad y contratos temporales convertidos en indefinidos. Al mismo tiempo se elimina el *Contrato de lanzamiento de nueva actividad*, quedando el *Contrato temporal de fomento de empleo* solo para personas con discapacidad. Se sustituye el *Contrato de aprendizaje* por un *Contrato para la formación* que recupera la causa formativa, reduce la edad (de 25 a 21 años) y duración, y mejora el salario aplicable (igual al SMI) y el componente formativo. Se establecen bonificaciones a la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes para los contratos indefinidos a tiempo completo que se suscriban con trabajadores temporales (conversiones), personas paradas incluidas dentro de los colectivos del contrato de fomento y mujeres paradas contratadas en actividades donde estén subrepresentadas. Al mismo tiempo se eliminan las bonificaciones a la contratación temporal, excepto para las personas con discapacidad.

En el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 de Estatuto de los Trabajadores, expresamente dedicado a la modificación de los contratos de duración determinada, se limitan a una las prórrogas del *Contrato eventual por circunstancias de la producción* y se modifican las bonificaciones, limitando la de la conversión, incluyendo bonificaciones a la contratación indefinida a tiempo parcial y estableciendo un plus adicional en la bonificación de contratos a jornada completa suscritos con mujeres desempleadas. El *Contrato por obra o servicio determinados* queda definido con mayor precisión que en su formulación anterior, vigente desde 1980, indicando ahora que se trata de actividades cuya "ejecución, aunque limitada en

[7] OTXOA, I.: *El recorte de derechos en las reformas laborales*, Bilbao, Robles Arangiz Institutua, ELA, 2007, p. 11.
[8] JIMENO, J.: "Reformas laborales e inserción laboral en España", en ALBIZU, E.: *Inserción laboral: Enfoques convergentes,* Zarautz, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2003.
[9] INTERIM GROUP: "Requisitos para contratar personal por ETT", 2020.
[10] MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: *Estadística de Empresas de Trabajo Temporal*, 2021.

el tiempo, es en principio de duración incierta". Se consolida así el abuso de esta modalidad contractual en las relaciones de empleo en España.

La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, por su parte, establece la vigencia indefinida del *Contrato de fomento de la contratación indefinida*. Se incluyen además nuevos colectivos: jóvenes de 16 a 30 años, mujeres contratadas en sectores donde estén subrepresentadas y parados inscritos más de seis meses. En la contratación temporal se establece una indemnización de ocho días por año trabajado a la finalización de los *Contratos eventuales por circunstancias de la producción* y de los *Contratos por obra o servicio*. Se incrementa además un 36% la cuota empresarial por contingencias comunes de los contratos de duración inferior a siete días. Se crea el *Contrato de inserción* para la realización de obras y servicios de interés general, como medio de adquisición de experiencia laboral, por las administraciones públicas. La duración máxima del contrato eventual se reduce a 12 meses, limitando por tanto su aplicación.

El Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, más conocida como "Decretazo", se realizó por la vía de urgencia y provocó una huelga general que hizo retroceder al Gobierno de Aznar y supuso la eliminación de sus aspectos más lesivos en los términos en que se concedían las prestaciones por desempleo, su cuantía y duración eran rebajadas, además de condicionarse a nuevas condiciones de aceptación de nuevos empleos para personas desocupadas. Su versión definitiva tramitada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, solo supuso en cuanto a la temporalidad una serie de bonificaciones a la contratación de mujeres paradas que hubieran dado a luz en los últimos dos años y a los contratos de interinidad con los que se sustituyan bajas por incapacidad temporal de personas con discapacidad.

De nuevo con el PSOE en el Gobierno, el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, supuso la extensión del *Contrato de fomento de la contratación indefinida* y nuevas limitaciones a la contratación temporal, no pudiendo una misma empresa encadenar contratos con una misma persona trabajadora por encima de los 24 meses. Al tiempo que se eliminaron los *Contratos de inserción*, en los contratos formativos para el alumnado de escuelas taller y casas de oficio el límite de edad pasaría a ser de 24 años. El Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, supuso un ligero incremento de las indemnizaciones por despido de los contratos temporales, de 8 a 12 días por año trabajado, y una revisión del *Contrato para el fomento de la contratación indefinida*, al tiempo que se revisaron aspectos de la negociación colectiva y el despido que escapan al objetivo de este artículo. También se efectúa una revisión del programa de bonificaciones a la contratación indefinida y a los *Contratos formativos*, a quienes además se le reconoce el derecho a la prestación por desempleo. Igualmente, esta reforma expande el ámbito de aplicación del contrato en prácticas y amplia los plazos en los que pueden utilizarse[11]. Tras el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, que supuso nuevos cambios en la negociación colectiva (con un art. 84.3 y 84.4 que subordinan y limitan la aplicación y las materias de los convenios autonómicos en favor de los de ámbito estatal), el mismo año se aprueba el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes. Este supuso una modificación del uso del contrato para la formación y el aprendizaje, estableciendo algunas limitaciones de edad para aquellos que no acceden como consecuencia de una titulación, pero su desarrollo fue muy limitado al verse superada por la siguiente reforma que se realizó al año siguiente[12].

[11] MORENO MÁRQUEZ, A.: "Los contratos formativos", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 107, 2010, pp. 123-161.

[12] MORENO GENÉ, J.: "El contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 116, 2012, pp. 35-88.

En cuánto volvió al Gobierno, el PP aprobó la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, lo que supuso una nueva modalidad de contrato de trabajo por tiempo indefinido para empresas de menos de 50 trabajadores que contrataran a menores de 30 años o personas desempleadas, estableciendo incentivos fiscales y un periodo de prueba de un año. En lo relativo a la contratación temporal se suspende la limitación al encadenamiento de contratos que obligaba a convertir en fijos a quienes hubieran estado 24 meses en la misma empresa. En los *Contratos para la formación y el aprendizaje* se suprimen limitaciones al beneficio de reducción de cuotas empresariales de hasta el 100% para empresas de menos de 250 personas trabajadoras y del 75% para el resto. Para esos contratos se establecen también nuevas reducciones en las cuotas de los trabajadores a la Seguridad Social de hasta el 100%, así como reducciones de una cuantía fija (1.500 euros para hombres y 1.800 para mujeres) en los contratos que se transformen en indefinidos[13]. Igualmente, se crean nuevas bonificaciones para la transformación en indefinidos de los contratos en prácticas, de relevo y de sustitución en empresas de menos de 50 personas trabajando. Por último, esta reforma crea nuevas bonificaciones a la contratación de jóvenes, mayores de 45 años o mujeres en sectores en los que están poco presentes, siempre que se mantuviesen en esos empleos al menos tres años.

Con esta reforma se ampliaron los *Contratos de puesta a disposición* (gestionados desde las ETT) a los *Contratos para la formación y el aprendizaje* y los *Contratos en prácticas*. Aun así, los *Contratos por obra o servicio* y los *Contratos por circunstancias de la producción* continúan siendo la tipología dominante en los *Contratos de puesta disposición*[14], tal y como sucede con la contratación temporal en general.

Tras esta sucinta exposición sobre la evolución de la contratación temporal en la legislación laboral de las décadas anteriores, se procede a continuación a observar algunos aspectos del empleo en España, atendiendo a las modalidades de contratación.

2.2. Análisis de la alta temporalidad en el empleo

2.2.1. España a la cabeza de Europa en temporalidad

En primer lugar hay que tener en cuenta que todas las reformas laborales se han ido sucediendo sin lograr uno de sus principales objetivos anunciados, el de reducir la contratación temporal y fomentar la contratación indefinida. Exceptuando los momentos de caída del empleo donde el efecto composición hace bajar la tasa de temporalidad sin que haya estabilización alguna de puestos de trabajo, las relaciones de empleo han realizado en España el camino contrario, el aumento de la temporalidad en todos los periodos de crecimiento, cronificando una situación que por definición debería ser transitoria y previa a la consolidación en una actividad, empresa y función laboral concreta. Este proceso ha provocado la alarma en diferentes instancias nacionales, europeas e internacionales[15]. La degradación de las nuevas contrataciones indefinidas y la proliferación de formas contractuales temporales cada vez más segmentadas refuerza la división e incluso la confrontación entre los distintos estratos de la clase trabajadora según su estatus salarial y ocupacional. Cada persona debe enfrentarse a negociaciones cada vez más individualizadas de sus condiciones de empleo, de proveedores autónomos de trabajo en los casos de externalización de

[13] QUESADA SEGURA, R.: "Derechos de formación profesional y contratos formativos", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 115, 2012, pp. 165-192.

[14] MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: *Estadística de Empresas de Trabajo Temporal*, 2021.

[15] CCOO: "Los costes económicos y sociales de la inestabilidad en el empleo y de las reformas laborales de 2010 y 2012", *Gabinete Económico de CCOO*, Madrid, 2021, p. 70.

COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre España 2017*, Bruselas, 2017, pp. 43-46.

OIT: "Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: tendencias 20192, *Oficina Internacional del Trabajo*, Ginebra, 2019, p. 53.

actividades[16] o de beneficiarios de prestaciones sociales. Como hemos visto a lo largo del apartado anterior, esta segmentación ha sido impulsada por una evolución legislativa que da cobertura a complejos procesos de precarización social y laboral. Como afirmaba Albert Recio ya antes de la crisis de 2008[17]:

"*La regulación laboral ha constituido una importante base de apoyo del modelo español de precarización y externalización del empleo. No sólo porque con sus vaivenes las sucesivas reformas laborales han puesto las bases para una «gestión flexible de la fuerza de trabajo», sino que le ha proporcionado buena parte de sus argumentos legitimadores al plantearlos como una cuestión de eficiencia más que como un problema de intereses contradictorios… Es posible que nadie esperara el grado de temporalidad y desregulación efectiva que rige en el mundo laboral, pero lo cierto es que las sucesivas reformas y el tono de las políticas económicas han impedido a la sociedad española debatir en serio de proyectos alternativos*".

Este proceso ha continuado, llevando a España a ser el país europeo con mayor incidencia del empleo temporal sobre el total de personas asalariadas, como podemos observar en la Tabla 1 muy por encima de los países de nuestro entorno y generando un problema que el RD-ley 32/2021 se ha propuesto resolver o al menos reducir de forma notable.

Tabla 1. Población con contratos temporales en Europa
(En porcentaje del total)

Empleo temporal (en % del total)	
	2020
GEO (Labels)	
European Union - 27 countries	13,5
Belgium	10,1
Bulgaria	3,5
Czechia	7,0
Denmark	10,9
Germany	10,8
Estonia	2,8
Ireland	9,0
Greece	10,1
Spain	24,2
France	15,3
Italy	15,2
Hungary	5,9
Netherlands	18,0
Austria	8,2
Poland	18,4
Portugal	17,8
Romania	1,2
Slovakia	6,5
Fuente: Eurostat (2021)	

Al tiempo que ha aumentado la temporalidad, la degradación legislativa de la normativa laboral no ha permitido a España dejar atrás una alta tasa de paro juvenil, proceso fuertemente arraigado en la pauta de especialización de la economía, pero sin duda también ligado a la poca

[16] SANZ DE MIGUEL, P.: "Falsos autónomos y falsos becarios: una aproximación institucional al caso español", *Cuadernos de relaciones laborales*, 37(1), 2019, pp. 67-89.
[17] RECIO, A.: "Notas sobre el modelo de empleo español", *Gaceta sindical: reflexión y debate*, n.º 5, 2005, pp. 97-98.

incidencia de la experiencia laboral retribuida a lo largo del proceso formativo, dos elementos que no forman parte del objeto de este estudio, pero que dan muestra de cómo el inicio de la vida activa en torno a reiterados periodos de paro, formación, empleo temporal, rotación entre empresas y actividades e intermitente inactividad, instala en las relaciones de empleo una recomposición integral en cascada que cronifica problemas graves en la estructura social, "extendiéndolos como una mancha de aceite a toda la condición salarial"[18].

Dejando a un lado cuestiones centrales como la distribución de las rentas de capital y del trabajo[19], la alta feminización del empleo a tiempo parcial[20], las reestructuraciones productivas y su fuerte impacto sobre el aumento del paro en algunas actividades y lugares, todas ellas con un fuerte componente de diferenciación por clase social, lugar de residencia y sexo, analicemos en profundidad el aspecto que es objeto central de nuestra reflexión, la incidencia y evolución de la temporalidad en el empleo.

En la Tabla 2 podemos observar que la tasa de temporalidad, que se había mantenido por encima del 30% desde 1990[21], desciende por el efecto composición fruto de la crisis de 2008, volviendo a aumentar a medida que la recuperación de la actividad produce un nuevo ciclo contratador.

Tabla 2. Evolución de la contratación temporal

	Personas asalariadas con contrato temporal por sexo (%)					
	2002	2007	2011	2015	2019	2021
HOMBRES	30,1	29,5	23,8	25,6	24,9	23,1
MUJERES	34,5	32,5	25,9	25,8	27,4	27,8
Porcentaje respecto al empleo total en el Cuarto Trimestre del año (EPA, INE, 2022)						

En cuanto a la incidencia del empleo temporal, podemos observar su distribución entre el sector público y el privado en la Tabla 3. Cabe destacar que la temporalidad es muy alta entre las mujeres empleadas en el sector público, poniendo el foco de mayor preocupación de nuestra problemática en la falta de estabilidad en las administraciones públicas, especialmente en sus gremios y ocupaciones más feminizadas.

Tabla 3. Personas asalariadas por sector, tipo de contrato y sexo en España

Asalariadas/os por sector, tipo de contrato y sexo				
Unidades: Miles Personas (Media anual)				
2020	SECTOR PRIVADO		SECTOR PÚBLICO	
	HOMBRES	MUJERES	HOMBRES	MUJERES
Total	6.957,6	5.854	1.445,9	1.851,7
Duración indefinida	5.369,6	4.491	1.133,6	1.238
Temporal	1.588	1.363	312,3	613,7
Temporal/Total (%)	22,8%	23,3%	21,6%	33,1%
Fuente: Instituto Nacional de Estadística				

Si hiciéramos un estudio de más largo recorrido sobre esta cuestión, veríamos que el sector público siempre se caracterizó por un empleo más estable que el privado, hasta que las restricciones

[18] ALBARRACÍN, D.: "Tendencias sociolaborales y Relación Salarial (3): Polarización de las clases sociales y nuevos modos de vida", http://daniloalba.blogspot.com/2011/06/tendencias-sociolaborales-y-relacion.html, 2011.

[19] BUENDIA, L. y MOLERO, R.: *The Political Economy of Contemporary Spain: From Miracle to Mirage*, London-New York: Routledge, 2018, p. 160.
VILLANUEVA, P., CÁRDENAS, L., UXÓ, J. y ÁLVAREZ, I.: "The role of internal devaluation in correcting external deficits: the case of Spain", *Structural Change and Economic Dynamics*, vol. 54, 2020, pp. 282-96.

[20] VICENT, L.: *Precariedad laboral en la economía española. Una perspectiva de género. El mercado de trabajo en los primeros años del siglo XXI*, Tesis de la Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Economía Aplicada I, 2018, p. 193.

[21] BANYULS, J. and RECIO, A.: "Labour segmentation and precariousness in Spain: theories and evidence", in GRIMSHAW *et al*, 2017, p. 133.

a la contratación pública del período Aznar transformaron la situación, acelerándose esta tendencia a partir de las medidas de control del gasto público impuestas por el Gobierno Rajoy a partir de 2011. Cronificado ese problema hasta nuestros días, las memorias del Consejo Económico y Social[22] permiten constatar que la temporalidad era relativamente más alta en el sector público antes de la pandemia[23], pero que por contra la destrucción de empleo se concentró en 2020 en el sector privado y especialmente en la caída de más de medio de millón de contratos temporales, siguiendo la pauta habitual del *last in first out*. Mientras tanto, las administraciones públicas, han realizado contrataciones netas y han jugado un evidente papel anticíclico, con una política laboral orientada a paliar los efectos de la situación sanitaria, con diferencias entre las diversas Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, ayudadas por un cambio de orientación en la relajación de los límites al gasto público, así como en numerosas modificaciones normativas para permitir la aprobación de presupuestos expansivos y el refuerzo de los sectores esenciales.

Ese empleo temporal que afecta a una parte relevante de la población trabajadora, en mayor medida a las mujeres, se distribuye según los tipos de contrato como podemos observar en la Tabla 4, mediante la que se puede tomar una medida agregada de las partes de la contratación temporal consideradas razonables y, por tanto, difícilmente erradicables, frente a las modalidades de contratación abusivas como forma de flexibilidad externa y de minimización de costes laborales para aumentar los beneficios de las empresas.

Tabla 4. Distribución del empleo temporal por tipo de contrato y sexo

Asalariadas/os temporales por tipo de contrato y sexo (2020)		
HOMBRES	Miles	Porcentaje (%)
Temporal: Total	1.900,3	100%
Eventual por circunstancias de la producción	384,4	20,2%
De aprendizaje, formación o práctica	84,0	
Estacional o de temporada	167,0	8,8%
En periodo de prueba	19,1	
Cubre la ausencia total o parcial	159,4	8,4%
Para obra o servicio determinado	842,5	44,3%
Verbal, no incluido en las opciones anteriores	39,2	
Otro tipo	59,4	
No sabe	145,4	
MUJERES	Miles	Porcentaje (%)
Temporal: Total	1.976,6	100%
Eventual por circunstancias de la producción	400,5	20,3%
De aprendizaje, formación o práctica	71,2	
Estacional o de temporada	122,0	6,2%
En periodo de prueba	16,8	
Cubre la ausencia total o parcial	402,8	20,4%
Para obra o servicio determinado	650,2	32,9%
Verbal, no incluido en las opciones anteriores	85,2	
Otro tipo	98,6	
No sabe	129,3	
Fuente: Instituto Nacional de Estadística		

[22] CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2020*, Madrid, Departamento de Publicaciones, 2021, p. 359.
CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2019*, Madrid, Departamento de Publicaciones, 2020, p. 311.

[23] Según la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 14/2021, "el aumento de la tasa de temporalidad en el empleo público ha llegado al extremo de que casi un 30 por ciento de los empleados públicos en España tienen o han tenido un vínculo profesional temporal con la Administración Pública", frente a la del 23% aproximado del sector privado.

El claro ejemplo de lo primero es la contratación temporal para cubrir total o parcialmente la ausencia con reserva de puesto de un trabajador o trabajadora. Podemos observar que esta modalidad influye más a las mujeres, siendo una de cada cinco empleadas temporales por esta causa. En el otro extremo, nos encontramos con el recientemente eliminado *Contrato por obra o servicio*, que hasta antes de la última reforma laboral era el de mayor incidencia, especialmente en el caso de los hombres para quienes se acerca a suponer la mitad de quienes están en empleos temporales. Los contratos eventuales por causas de la producción tienen una distribución más homogénea entre mujeres y hombres, siendo todas las demás modalidades contractuales temporales de mucha menor relevancia.

Tal y como se observa en la Tabla 5, a la muy elevada temporalidad hay que añadir formas de precariedad contractual, como la de los indefinidos a tiempo parcial, una parte significativa de los cuales son involuntarios, sea por razones del mercadeo del trabajo o por otras razones sociales, especialmente por dedicación de las mujeres a actividades de cuidado de personas. También la de los fijos discontinuos en trabajos estacionales o de temporada, que son característicos en la economía española por el peso de sectores como la agricultura, la hostelería o el comercio.

Tabla 5. Afiliación a la Seguridad Social en noviembre de 2021
Por tipo de contrato

	Afiliados/as	% del total
Indefinido tiempo completo	7.651.902	50,16
Indefinido tiempo parcial	1.687.991	11,06
Fijos discontinuos	404.354	2,65
Eventual tiempo completo	2.687.556	17,62
Eventual tiempo parcial	1.478.817	9,69
Formación y prácticas	110.542	0,72
Otros	1.234.840	8,09
TOTAL	15.255.902	100

Fuente: Seguridad Social

Además de por su extensión, incluido en el sector público, la duración de los contratos temporales se ha reducido drásticamente en los últimos años, a menudo asociada a la voluntad de infrapagar los períodos de descanso, festivos y vacaciones. La composición cruzada y muchas veces superpuestas de todas estas formas atípicas de empleo (las que salen de una otrora normalidad del empleo indefinido a tiempo completo como pauta general o mayoritaria), nos muestra que exactamente la mitad de la población asalariada presenta elementos de inestabilidad o escasez retributiva en su acceso al empleo, lo que requeriría de un análisis más complejo que escapa a nuestro objetivo de entender la evolución de la contratación temporal. Veamos ahora más específicamente el gran campo de la contratación temporal, la que se da en el empleo asalariado privado.

2.2.2. Temporalidad en el sector privado

Desde una observación de la serie completa en la Tabla 6, podemos constatar que la caída de la tasa de temporalidad en el sector privado al inicio de la anterior crisis fue fruto de la amplía destrucción de empleo temporal, especialmente en sectores masculinizados como las industrias y, sobre todo, la construcción. En cualquier caso, dejando a un lado el anómalo 2020, la contratación temporal y su incidencia agregada en el sector privado vuelve a subir en periodo de recuperación, como apuntábamos más arriba no por una estabilización en empleo indefinido de una parte de quienes eran temporales, sino por sus despidos y, por tanto, destrucción de empleo temporal. En la fase de recuperación sí se observa, por contra, un aumento notable de ambos tipos de contratos, con una recomposición de actividades que suponen el aumento del peso de las mujeres en el empleo asalariado.

Tabla 6. Evolución del empleo asalariado privado por tipo de contrato y sexo de 2006 a 2020

Asalariadas/os del sector privado por tipo de contrato y sexo						
	2006	2010	2014	2018	2019	2020
HOMBRES (Miles)						
Total	7.967,7	6.835,7	6.051,7	7.086,4	7.284,0	6.957,6
Duración indefinida	5.247,1	5.149,7	4.520,0	5.163,5	5.382,2	5.369,6
Temporal	2.720,6	1.686,0	1.531,7	1.922,9	1.901,9	1.588,0
Temporal/Total (%)	34,1%	24,7%	25,3%	27,1%	26,1%	22,8%
MUJERES (Miles)						
Total	5.491,4	5.547,0	5.308,3	5.997,3	6.164,0	5.854,0
De duración indefinida	3.424,9	4.148,3	4.001,8	4.369,0	4.580,3	4.491,0
Temporal	2.066,5	1.398,7	1.306,5	1.628,3	1.583,7	1.363,0
Temporal/Total (%)	37,6%	25,2%	24,6%	27,2%	25,7%	23,3%
Fuente: Instituto Nacional de Estadística						

Cabe destacar también que, si antes de la anterior crisis la temporalidad en el empleo privado era algo más alta para las mujeres, la tendencia actual es a una igualación en niveles similares, que siguen siendo preocupantemente altos y que muestran una realidad constante que impide a una gran masa trabajadora, de más de tres millones de personas en el empleo asalariado privado, acceder a puestos indefinidos y, por tanto, al principal mecanismo de seguridad para el acceso a un bienestar material mínimo, una vivienda estable y posibilidades de acceso al crédito.

Poniendo el foco nuevamente en los tipos de contrato temporal más utilizados, podemos ver en la Tabla 7 que el *Contrato por obra o servicio* es, aún en mayor medida, el mayoritario en el empleo privado, con una fuerte incidencia en los hombres, donde llega a suponer casi uno de cada dos empleados temporales. Además de los *Contratos eventuales por circunstancias de la producción*, hay una cierta relevancia de los *Contratos estacionales o de temporada*, de los que en el siguiente apartado apuntaremos que son los que con más probabilidad serán convertidos en fijos discontinuos como fruto de la nueva legislación, con la mejora en derechos pero también los límites que eso supone.

Tabla 7. Tipos de contrato principales de empleo temporal privado en 2020

Asalariadas/os temporales privados por tipo de contrato y sexo		
2020		
HOMBRES	**Miles**	**Porcentaje (%)**
Temporal: Total	1.588,0	100%
Eventual por circunstancias de la producción	343,3	21,6%
De aprendizaje, formación o práctica	58,4	3,7%
Estacional o de temporada	160,0	10,1%
Cubre la ausencia total o parcial de otro trabajador	67,7	4,3%
Para obra o servicio determinado	757,4	47,7%
MUJERES	**Miles**	**Porcentaje (%)**
Temporal: Total	1.363,0	100%
Eventual por circunstancias de la producción	329,6	24,2%
De aprendizaje, formación o práctica	43,9	3,2%
Estacional o de temporada	112,4	8,2%
Cubre la ausencia total o parcial de otro trabajador	134,2	9,8%
Para obra o servicio determinado	522,4	38,3%

Fuente: Instituto Nacional de Estadística

De todo lo expuesto se puede extraer un impacto esperado del RD-ley 32/2021 que analizaremos en el próximo apartado, especialmente por la desaparición de la modalidad contractual temporal de mayor incidencia agregada y, también, por la significativa pero limitada transformación de contratos estacionales o de temporada en fijos discontinuos, que es otra de las líneas de intervención de la reforma. Pero antes veamos las particularidades de la contratación en el sector público.

2.2.3. Temporalidad en el sector público

A diferencia del sector privado, las actividades públicas además de feminizadas nos muestran un mayor grado de desigualdades por sexo. Como podemos observar en la Tabla 8, la tasa de temporalidad para las mujeres con empleos públicos es 14 puntos porcentuales mayor que la de los hombres, afectando al 37% de aquellas que trabajan en este sector, con un incremento notable en los últimos años.

Tabla 8. Evolución del empleo público por tipo de contrato y sexo de 2002 a 2021

	Empleadas/os públicos por tipo de contrato y sexo						
Unidades: Miles Personas (4º Trimestre)	Total						
	2002	2007	2012	2016	2019	2020	2021
HOMBRES							
Total	1.375,1	1.396,0	1.367,2	1.350,4	1.411,3	1.458,8	1.428,6
Duración indefinida	1.149,4	1.139,4	1.165,8	1.115,3	1.111,0	1.114,7	1.106,7
Duración temporal	225,6	256,6	201,4	235,0	300,3	344,1	321,8
Temporal/Total (%)	16,4%	18,4%	14,7%	17,4%	21,3%	23,6%	22,5%
MUJERES							
Total	1.297,7	1.573,5	1.653,9	1.635,7	1.842,0	1.920,4	2.047,0
Duración indefinida	928,1	1.072,4	1.264,3	1.189,9	1.237,0	1.252,9	1.292,6
Duración temporal	369,6	501,1	389,6	445,9	605,0	667,5	754,4
Temporal/Total (%)	28,5%	31,8%	23,6%	27,3%	32,8%	34,8%	36,9%

Fuente: Instituto Nacional de Estadística

Igual que sucedía con el sector privado, la anterior crisis supuso una caída de la tasa de temporalidad. A medida que el sector público ha vuelto a contratar, la consolidación de una tendencia a la temporalidad proviene de una arraigada cultura de la rotación, la interinidad, el retraso del acceso a puestos fijos y problemas importantes de las actividades públicas en general y de sectores como la salud o la educación en particular.

Atendiendo a las modalidades contractuales del empleo público temporal, podemos ver en la Tabla 9 una pauta bien diferenciada respecto a la de las actividades asalariadas privadas. La principal es que la mayoría de los contratos temporales son por sustitución de una persona ausente con reserva de puesto, estando el 46% del empleo público temporal de las mujeres en esta situación, frente al casi 33% del de los hombres. De esta forma, la eliminación de los *Contratos por obra o servicio* tendrá menor relevancia en el empleo público, aunque aquí también se limita la capacidad de contratación temporal. Esos contratos son aun así la segunda tipología contractual temporal del sector público, algo por delante del empleo eventual por circunstancias de la producción, cuya causalidad también se ha visto reforzada para la contratación pública con alguna excepción.

Tabla 9. Tipos de contrato principales de empleo temporal público en 2021

Asalariadas/os temporales públicos por tipo de contrato y sexo (4º Trimestre, 2021)		
HOMBRES	Miles	Porcentaje (%)
Temporal: Total	321,8	100%
Eventual por circunstancias de la producción	53,7	16,7%
De aprendizaje, formación o práctica	20,2	6,3%
Cubre la ausencia total o parcial	105,8	32,9%
Para obra o servicio determinado	65,3	20,3%
MUJERES	Miles	Porcentaje (%)
Temporal: Total	754,4	100%
Eventual por circunstancias de la producción	103,6	13,7%
De aprendizaje, formación o práctica	31,0	4,1%
Cubre la ausencia total o parcial	348,0	46,1%
Para obra o servicio determinado	121,0	16,0%

Fuente: Instituto Nacional de Estadística

Más allá de esos datos, se puede constatar también que la inmensa mayoría de los nuevos contratos firmados en España son temporales y que la conversión de éstos en indefinidos era anecdótica antes de la reforma (no llegó ni al 4% en 2020[24]). Es necesario establecer las razones que llevan a las empresas a primar la contratación temporal sobre la indefinida en tal medida, paso previo a observar la eficacia del establecimiento de mecanismos legislativos que desincentiven este modo de gestión de la mano de obra. Como hemos analizado, las sucesivas reformas laborales de las últimas décadas han permitido una diversificación y generalización de las modalidades eventuales y, especialmente, por obra o servicio, hasta convertirlas en la pauta generalizada de la nueva contratación. Si a ello sumamos el efecto sustitución de unas generaciones por otras en las relaciones de empleo[25], se ha ido generando un empeoramiento en cascada de la situación del mundo del trabajo asalariado. Urge revertir esta situación.

Es una realidad incontestable que la estructura productiva de la economía española se caracteriza por un elevado peso de la actividad estacional, pero no hasta el punto de justificar que en torno al 95% de los contratos firmados en 2019 fueran temporales. En comparación con las economías del resto de Europa, la "diferencia española" no puede explicarse atendiendo a las características de su estructura productiva[26], como tampoco se puede achacar solo a la cuestión regulatoria, ya que ésta es muy diversa según países y no explica que España sea el que cuenta con una tasa de temporalidad más alta, el segundo en tasa de paro juvenil y que la tasa de empleo de los recién titulados este nueve puntos porcentuales por debajo de la media de la Unión Europea[27]. La especialmente alta temporalidad para las mujeres en el sector público, superando un tercio de la fuerza laboral presente en esas actividades, es precisamente el nicho que debería guiar el cambio de rumbo que necesita la cultura laboral española.

Siendo el empleo público un ámbito minoritario pero no menor del empleo asalariado, con normas y mecanismos de estabilización muy diferentes de los del sector mercantil o privado, nos centraremos en la segunda parte de este artículo a observar los aspectos principales que introduce la

[24] SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL: datos estadísticos de contratos, ministerio de trabajo del gobierno de España, 2021.

[25] ZUBIRI, J. B.: "El empleo juvenil como vector de recomposición de las economías salariales de servicios. Miradas desde esta parte del mundo", *XIV. Jornadas de Economía Crítica*,Valladolid, 4-6 de septiembre, 2014, p. 20.

[26] POLAVIEJA, J.: "¿Por qué es tan alta la tasa de empleo temporal? España en perspectiva comparada", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (REIS), 113.1, 2006, pp. 86-105.

[27] INE: *Encuesta de Transición Educativa-Formativa e Inserción Laboral 2019*, 2020.
INE: *Encuesta de inserción laboral de titulados universitarios en 2019*, 2020.

Reforma Laboral del 2021 con el RD-ley 32/2021, así como sus efectos esperados en la reducción de la temporalidad en el empleo. En el apartado correspondiente, mencionaremos también que el RD-ley 14/2021, de 6 de julio, y su tramitación como Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, contribuirán también a ese cambio de tendencia en la contratación.

3. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL RD-LEY 32/2021 Y SUS EFECTOS EN LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD Y LA MEJORA EN LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

3.1. Antecedentes y objetivos

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 (RD-ley)*[28], fue precedido por el Acuerdo adoptado en la Mesa de Diálogo Social por el Gobierno, los sindicatos Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores y las organizaciones patronales CEOE y CEPYME. También hay que recordar el acuerdo de gobierno PSOE-Unidas Podemos de 30 de diciembre de 2019 que acordó impulsar el diálogo social para, entre otros asuntos, "1.5.3.- Simplificar y reordenar el menú de contratos de trabajo. Reforzaremos el principio de causalidad en la contratación temporal y las sanciones aplicables a su uso fraudulento de forma que la contratación indefinida sea la forma ordinaria de acceso al empleo, promoviendo las reformas legislativas necesarias para ello. 1.5.4.- Explorar las opciones posibles para reducir la dualidad, favoreciendo el uso del contrato fijo discontinuo para actividades cíclicas y estacionales".

Según la Exposición de Motivos de la Reforma efectuada por el RD-ley 32/2021 ésta tiene por objetivo "la simplificación y reordenación de las modalidades de contratación laboral", para "diseñar adecuadamente estos nuevos tipos de contratos para que el contrato indefinido sea la regla general y el contrato temporal tenga un origen exclusivamente causal, evitando una utilización abusiva de esta figura y una excesiva rotación de personas trabajadoras". Para ello incluye varias medidas, que van enfocadas no a la promoción de la contratación indefinida, más allá de la indicación legal de que el contrato laboral se presume concertado por tiempo indefinido como se ha practicado en otras reformas, sino al aumento de las dificultades para contratar temporalmente[29]. La primera consiste en la modificación del régimen jurídico de los contratos temporales mediante la reducción de los motivos que permiten la contratación temporal, la reformulación del contrato fijo discontinuo y reforzando la conversión de los contratos temporales en indefinidos cuando se incumpla la normativa sobre contratación temporal o las relativas al encadenamiento de contratos temporales[30].

3.2. Antiguos y nuevos tipos de contratación temporal

La contratación temporal mejora notablemente su regulación y se acaba con el contrato de obra o servicio determinado que podía durar hasta 3 años, o 4 si se acordaba en convenio colectivo (anteriormente regulados por el art. 15.a del ET). Esta finalización de los contratos de obra o servicio ha sido precedida por un cuestionamiento de su uso tanto por la jurisprudencia del TS (STS

[28] Boletín Oficial del Estado n.º 313 del 30 de diciembre de 2021, disponible en https://www.boe.es/eli/es/RD-ley/2021/12/28/32/con.

[29] CARRERA DOMÈNECH, M., GUZMÁN, Mª. E. y RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "La reforma laboral (I): los contratos temporales", *pwc Periscopio Fiscal y Legal*, en https://www.pwc.es/es/asesoramiento-fiscal-legal/fiscal/reforma-laboral-contratos-temporales.html, 30/12/2021

[30] DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "RD-ley 32/2021: El fin de los contratos temporales que conocíamos. Régimen transitorio hasta su definitiva desaparición", *Desafíos sociales,* 10/01/2022, en https://www.desafiossociales.es/2022/01/10/RD-ley-32-2021-el-fin-de-los-contratos-temporales-que-conociamos-regimen-transitorio-hasta-su-definitiva-desaparicion/

de 29 de diciembre de 2020)[31], como por la del TJUE de 24 de junio de 2021[32]. Conforme al nuevo art. 15 ET se reducen las modalidades contractuales para la misma, que se limitan a dos: la de sustitución y la de por circunstancias de la producción. 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", elemento este último muy importante para controlar el fraude en la contratación.

Por circunstancias de la producción se entiende 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" (art. 15.2 ET), siempre que no respondan a trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades de naturaleza estacional o de temporada o que siendo de prestación intermitente tengan períodos de ejecución ciertos (art. 16.1). La duración de los que no sean estacionales o de temporada se limita a 6 meses, ampliable hasta un máximo de un año por la negociación colectiva sectorial. También se admite para las circunstancias ocasionales y previsibles, aunque sean estacionales o de temporada y cuya duración sea inferior a 90 días, que no pueden utilizarse de forma continuada[33]. Aunque con carácter general la realización de trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas no es causa de contratación temporal, si es posible cuando concurran las circunstancias de la producción a las que se ha aludido anteriormente.

El contrato de sustitución sustituye al antiguo de interinidad. Puede utilizarse para la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva a puesto de trabajo pero también para completar la jornada reducida de otra persona por causas legales o basadas en la negociación colectiva y para la cobertura provisional de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo, en este último caso sin que la duración pueda superar los tres meses o la inferior que se establezca en convenio colectivo.

Tras el RD-ley 32/2021, una parte del actual trabajo temporal va a ir a los contratos fijos discontinuos, especialmente los de obra o servicio determinado vinculados a contratas y subcontratas, y en los casos de extinción de su contrato cobrarán las mayores indemnizaciones correspondientes a los contratos indefinidos (20 o 33 días por año según se trate de un despido objetivo procedente o un despido improcedente) en relación con las de final de contrato de los temporales (12 días/año).

Además, la aplicación práctica de las nuevas reglas sobre contratación temporal se dilata en el tiempo ya que los contratos temporales que la reforma deroga o modifica que se hayan suscrito antes del 31 de diciembre de 2021, se mantienen en vigor conforme a su anterior normativa hasta su duración máxima.

En el sector de la construcción el contrato de obra o servicio determinado era el contrato fijo de obra, que a pesar de su denominación era un contrato temporal[34]. El RD-ley, a la vez que extingue el contrato fijo de obra ha establecido un régimen específico de extinción contractual

[31] Véase un análisis de ambas sentencias en ROJO TORRECILLA, E.: "Contratas. La recuperación de la letra y el espíritu del contrato para obra o servicio (¿y la primera piedra para la reforma de la LET?). Notas a la trascendental sentencia del TS de 29 de diciembre de 2020", en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/12/contratas-la-recuperacion-de-la-letra-y.html y "UE. Límites a la utilización del contrato "fijo de obra" en el sector de la construcción en España. Notas a la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021", en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/06/ue-limites-la-utilizacion-del-contrato.html

[32] Por ejemplo en la TJUE de 24 de junio de 2021, CELEX: 62019cj550.

[33] El período de 90 días ha sido una solución de compromiso entre los 60 días que proponían los sindicatos firmantes mientras que la CEOE quería que fueran 120.

[34] Sobre el pasado y presente de los contratos en la construcción, véase ARAGÓN GÓMEZ, C.: "Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos", *Labos-Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social,* Vol. 3, 2022, pp. 43-57.

aplicable a aquellos trabajadores indefinidos que se encuentren adscritos a obra, disponiendo que tendrán la consideración de contratos fijos adscritos a obra aquellos que tengan por objeto tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculados a obras de construcción.

El RD-ley modifica la ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, disponiendo que a la finalización de la obra en la que presta servicios quienes tuvieran un contrato fijo de obra la empresa deberá efectuarle una propuesta de recolocación, acompañada de una formación a cargo de la empresa. Si no se ofrece una recolocación en otro proyecto procede al abono de una indemnización por el 7% de los conceptos salariales establecidos en el convenio colectivo aplicable y que se hayan devengado durante la vigencia del contrato, o la superior establecida por el Convenio Colectivo del Sector de la Construcción. Justamente la razón que han alegado para esta figura los negociadores de la reforma es que en la construcción la indemnización del 7% de los conceptos salariales, pactada entre patronal y sindicatos, equivalente a 25,5 días por año trabajado es más elevada que la de 20 días por año correspondiente a los despidos por causas objetivas en los contratos indefinidos.

Como ha señalado Aragón Gómez, el nuevo contrato indefinido adscrito a obra tiene un régimen jurídico muy similar del contrato adscrito a obra, aunque contiene algunas mejoras limitadas: una es la exención de tributación de los gastos de desplazamiento en los límites legales, ya que a nuestro entender la exención de cotización de esos gastos no debe considerarse una mejora ya que, además de que del menor coste se beneficia sobre todo la empresa, el aumento del salario neto debido a las menores cotizaciones normalmente irá ligada a una reducción de las prestaciones de seguridad social a las que pudiera tener derecho; la otra mejora es la obligación de la empresa de una recolocación en la provincia si tiene una empresa para la que se requiere trabajadores de su cualificación real o posible. La citada autora añade que se han introducido diferencias injustificadas en el régimen de extinción entre el contrato indefinido adscrito a obra y el conjunto de los contratos indefinidos, que le hacen concluir que la razón de la nueva figura se debe a la voluntad de los negociadores del acuerdo de la reforma de maquillar los datos estadísticos sobre la contratación temporal[35].

3.3. La contratación temporal en el empleo público

Conforme a la Disposición Adicional Quinta del RD-ley 32/2021 las administraciones públicas no pueden concertar contratos para obra o servicio, con la única excepción de los que estén vinculados a la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y de programas temporales financiados con fondos de la Unión Europea. Los trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa, del anterior contrato por obra o servicio vinculado a la contrata, se realizarán al amparo contrato fijo-discontinuo (art. 1 y 4 del ET). Como se ha señalado se trata de una "solución imaginativa, pero que ofrece muchos flancos a la crítica", ya que no se requiere de ningún tipo de reiteración cíclica con una periodicidad anual, que es lo que caracteriza a los trabajos fijos discontinuos, sino que los periodos de ejecución del contrato se vinculan al cumplimiento de las obligaciones interempresariales, lo que da lugar a una incentivación en la estabilidad en el empleo con la empresa contratista, pero a cargo de los fondos del sistema de protección por desempleo[36].

Al empleo público también le resulta aplicable la posibilidad de las administraciones públicas de utilizar el contrato de duración determinada por circunstancias de la producción en los términos citados en el apartado 4.2. También es aplicable al empleo público el límite al encadenamiento de contratos temporales previsto en el nuevo art. 15.5 del ET, pero solo se tienen en

[35] ARAGÓN GÓMEZ, C.: "Del contrato…, cit. pp. 56-57.

[36] ROQUETA BUJ, R.: "La aplicación de la reforma laboral en las administraciones públicas", en https://www.aedtss.com/la-reforma-de-las-administraciones-publicas/, 9/2/2022.

cuenta los celebrados en el ámbito de cada una de las administraciones públicas sin que formen parte de ellas a estos efectos los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. Tanto la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, como el RD-ley 32/2021 han eliminado la opción de la conversión en trabajador indefinido no fijo cuando hayan tenido lugar irregularidades en la contratación temporal pasando a ser la indemnización, de 20 días por año con un límite de 12 meses, la única compensación[37]. Sin embargo, tal como ha planteado la doctrina jurídica es dudoso que la indemnización sea una medida adecuada para prevenir y/o sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada[38].

Es posible, además, que con el pleno desarrollo normativo del RD-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público pueda poner las bases para mejorar en ese aspecto fundamental de las relaciones laborales, la del empleo público, si bien se ha señalado que la ambigüedad de varios de sus preceptos y a la vista de la experiencia del pasado, bajo gobiernos de diversa orientación, lo más previsible es que en el futuro inmediato tenga lugar un "cierto cambio de orientación"[39] ya que, como dice la ley, "la tasa de cobertura temporal deberá situarse por debajo del ocho por ciento de las plazas estructurales", para lo que se limita la interinidad y se establecen restricciones específicas a la contratación temporal de las administraciones públicas. Para ello, su tramitación y aprobación en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, ha clarificado las bases para uno de los grandes objetivos del gobierno en materia laboral para 2022, los procesos de estabilización del empleo público temporal, haciendo modificaciones menores en el articulado y añadiendo otras 5 disposiciones adicionales. Si la de julio ya calendarizaba este proceso legislando que "la publicación de las convocatorias de los procesos selectivos para la cobertura de las plazas incluidas en las ofertas de empleo público deberá producirse antes de 31 de diciembre de 2022" (art.2), en su reescritura se precisa que "la resolución de estos procesos selectivos deberá finalizar antes del 31 de diciembre de 2024", debiendo sacarse a concurso todas las plazas de "naturaleza estructural" ocupadas temporalmente desde 2016.

Siendo, por tanto, este año 2022 clave en el desarrollo de la estabilización en el empleo público y el aumento de la contratación indefinida en el privado, sigamos con los cambios aprobados en la reforma laboral.

3.4. Entrada en vigor y disposiciones transitorias en materia de contratación[40]

Como se ha dicho, la aplicación del grueso de la normativa sobre la contratación temporal no se inicia hasta el 31 de marzo de 2021, pero las disposiciones transitorias tercera y cuarta del RD-ley 32/2021 establecen algunas reglas sobre la aplicación transitoria de la nueva normativa en esta materia. Para los contratos para obra o servicio determinado (art. 15.1 a LET) y los contratos fijos

[37] Sobre la discutida discusión en la doctrina jurídica y en la jurisprudencia del TJUE sobre las consecuencias y las responsabilidades por sobrepasar los plazos máximos de permanencia como personal laboral, véase Ramos MORAGUES, F.: "La incidencia de la reforma laboral en el empleo público", *Labos-Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social,* Vol. 3, 2022, pp. 145-148.

[38] ROQUETA BUJ, R.: "**La aplicación…, cit.**

[39] Véase SALA FRANCO, T.: "La temporalidad en el empleo público*", Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n.º 1, 2022, p. 62.

[40] Sobre las disposiciones transitorias de la reforma laboral de 2021, véase ROJO TORRECILLA, E.: "Las disposiciones transitorias de la reforma laboral de 2021", AEDTS, en https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/BRIEF-AEDTSS-eduardo-rojo.pdf y MORARU, G-F.: "Notas a las disposiciones transitorias de la reforma laboral y entrada en vigor", AEDTS, en https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/AEDTSS-gabriela-brefs.pdf y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "RD-ley 32/2021: El fin de los contratos temporales que conocíamos. Régimen transitorio hasta su definitiva desaparición", *Desafíos sociales,* 10/01/2022, en https://www.desafiossociales.es/2022/01/10/RD-ley-32-2021-el-fin-de-los-contratos-temporales-que-conociamos-regimen-transitorio-hasta-su-definitiva-desaparicion/

de obra en el sector de la construcción suscritos antes del 31 de diciembre, la disposición transitoria tercera regula su mantenimiento hasta su duración máxima según la anterior normativa (3 años o 4 si así lo establece el convenio colectivo aplicable), por lo que es previsible que durante un largo período se mantenga una parte en vigor. Para un indicio de su más que posible perdurabilidad el siguiente dato: según el SEPE, solo en noviembre de 2021 se suscribieron 670.000 de estos contratos. Para los contratos celebrados por Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, previstos en normas con rango de ley, vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años y que estuvieran vigentes el 31 de diciembre de 2021 se dispone que también mantendrán su vigencia hasta el cumplimiento de la duración fijada de acuerdo a su normativa de aplicación, si bien se establece "el límite máximo de tres años contados a partir de la citada fecha". La misma regla, es decir el mantenimiento de la normativa vigente con anterioridad respecto a la duración máxima de la modalidad contractual, se aplicará a los contratos eventuales regulados en el art. 15.1 b) ET, y también a los contratos de interinidad por sustitución.

Pero es que, además, la Disposición Transitoria Cuarta establece que los citados contratos de obra o servicio y los contratos eventuales por circunstancias de mercado que se celebren entre el 31 de diciembre de 2021 y el 30 de marzo de 2022 se regirán "por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se han concertado" si bien "su duración no podrá ser superior a seis meses". Es decir que durante el mencionado período es posible la celebración de los contratos por obra o servicio, siempre y cuando se respeten las causas que para los mismos establecía esa normativa.

3.5. Los contratos fijos discontinuos

Es previsible que una parte de los contratos de obra o servicio, sean sustituidos por contratos de fijos discontinuos -cuyo porcentaje sobre el total de los contratos indefinidos aumentará- dada la "canalización" que realiza la reforma hacia esta modalidad de buena parte de los contratos temporales de obra o servicio determinado. Aunque este tipo de contratos no es objeto de análisis en este estudio si se va a comentar brevemente algún aspecto de su nuevo régimen jurídico que permita comparar en qué medida permite valorar el progreso, o no, de los mismos en la reducción de la precariedad laboral asociada a la temporalidad.

Como se ha indicado este contrato como "contrato indefinido que era antes de la reforma y sigue siendo después, su uso permite orillar buena parte de los efectos perversos que derivan de la temporalidad. Aunque no sea equivalente a la contratación indefinida ordinaria a tiempo completo, el contrato fijo-discontinuo tiene mayor estabilidad que los contratos temporales en los que podría descomponerse su ejecución. Con ello es previsible que presente menos rotación que sus alternativas precarias y que posibilite una inversión superior en empleabilidad"[41]. La inclusión en el ámbito del contrato fijo-discontinuo que realiza el RD-ley de la variabilidad de la demanda para las empresas cuyo objeto sea la prestación de servicios a otras empresas está relacionada con el cierre por la STS 1137/2020, de 29 de diciembre, del contrato por obra o servicio determinado[42].

El RD-ley admite la utilización por las ETT de los contratos fijos discontinuos para la posterior puesta a disposición de las personas contratadas a las personas usuarias, por lo que es previsible que esta modalidad contractual sea muy utilizada por las ETT por las importantes ventajas en materia de coste: desaparición de la indemnización por fin de puesta a disposición y de las penalizaciones en la cotización asociadas a los contratos de corta duración[43].

[41] GOERLICH PESET, J. M.: "Contrato fijo-discontinuo: ampliación de efectos y mejora de sus garantías", *Labos-Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social,* Vol. 3, 2022, p. 66.
[42] GOERLICH PESET, J. M.: "Contrato…, cit. p. 64.
[43] GOERLICH PESET, J. M.: "Contrato…, cit., p. 66.

En contrapartida a las posibilidades de subcontratación se refuerzan los derechos de los contratados bajo esta modalidad, como por ejemplo el cálculo de la antigüedad de acuerdo con los años en la empresa y no con los meses efectivamente trabajadores y la obligación de las empresas de informar tanto a los trabajadores como a los representantes legales de la existencia de puestos de trabajo vacantes de carácter fijo ordinario a fin de que puedan optar a la conversión voluntaria hacia los mismos. En materia de protección social el RD-ley mandata al gobierno para que mejoren su protección mediante el acceso a los subsidios de desempleo en las mismas condiciones y derechos aplicables al conjunto de las personas trabajadoras.

3.6. Evolución posible de la temporalidad tras la reforma laboral

Obviamente la aplicación del RD-ley 32/2021 va a dar lugar a una reducción de la temporalidad, si bien la misma se puede dilatar por la transitoriedad comentada en la entrada en vigor efectiva de la nueva regulación. En este apartado se van a indicar algunos de los aspectos de la nueva regulación que pueden sea reducir sea ampliar la temporalidad de la contratación, así como otros elementos externos a la normativa. Entre los primeros, un elemento que puede ser importante es el aumento de las penalizaciones para la contratación temporal de corta duración. Así se establece la cotización adicional a la Seguridad Social a los contratos de duración inferior a 30 días, en lugar de los 5 de la normativa anterior y aumenta la cuantía de esa cotización. Sin embargo, se excluye de su aplicación a los trabajadores por cuenta ajena del sector agrario y a las trabajadoras de hogar (art. 3.1 del RD-ley que modifica el art. 151 de la LGSS).

En sentido contrario, la posibilidad de contratar por circunstancias ocasionales y previsibles por duración inferior a 90 días, en la media en que no se establecen límites al número de trabajadores contratables ni al número de contratos que se pueden celebrar durante ese período con un mismo trabajador ni a la duración de dichos contratos, tiene el riesgo de que se utilice masivamente por las empresas para contratos de muy corta duración, especialmente en los sectores de gran tradición de la temporalidad como hostelería, comercio, el ocio ligado al turismo, etc.

Otros elementos que pueden contribuir al objetivo de reducción de la temporalidad los constituyen la mejora el régimen sancionador y las mayores penalizaciones para los contratos de muy corta duración. En relación con el primer elemento se fija la cuantía de las sanciones de forma individual por cada trabajadora afectada en lugar de imponerse por la totalidad de la plantilla, modificándose a tal efecto los arts. 7.2 y 40.1.c de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS). En relación con el segundo un informe sobre la reforma del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSM)[44] destaca la introducción de "una penalización o malus de importe fijo por cada baja en un contrato temporal, de forma que se sustituye la penalización existente hasta ahora, lineal, por una que introduce un desincentivo mayor cuanto más cortos sean los contratos" y "una penalización creciente (cuantos más contratos cortos, mayor es el desincentivo", cifrándose las sanciones en 26 euros en los contratos de 10 días, mientras que si el mismo tiempo de trabajo se cubriera con dos contratos de cinco días la sanción se elevaría a 52 euros. Ya en el mes de enero de 2022 ha tenido lugar una importante reducción de los contratos de un día de duración, que han pasado de representar cada mes de enero una media del 39% de los nuevos contratos en los últimos cuatro años al 29% en enero de 2022, lo que ha venido acompañado de una reducción de la duración media de estos contratos, que han pasado de 6,3 a 5,3 días[45].

Por otra parte, la magnitud de esa reducción va a depender de elementos parcialmente externos al contenido del RD-ley. En primer lugar del desarrollo reglamentario del mismo, que aclare en un sentido u otro, el alcance de los nuevos tipos de contratación temporal. Así, en el nuevo

[44] MISSM.: "El Gobierno aprueba la transformación estructural del mercado laboral español que permitirá combatir la temporalidad y la precariedad y equipararlo a Europa", en https://prensa.inclusion.gob.es/WebPrensaInclusion/noticias/ministro/detalle/4179

[45] PASCUAL CORTÉS, R.: "Los contratos de un solo día caen con fuerza tras la penalización con 26 euros de las bajas", *Cinco Días*, 18/02/2022.

contrato por circunstancias de la producción se requiere delimitar con precisión el concepto de "situación ocasional previsible", por ejemplo para aclarar si quedan incluidos los períodos de rebajas en los establecimientos comerciales. Análogamente la referencia a "una duración previsible y delimitada" exigirá aclarar como deberá probar la empresa, en caso de conflicto, la existencia de esa "estabilidad temporal"[46].

La mayor penalización de los contratos de muy corta duración puede frenar, pero no eliminar la gran apertura que abre esta vía. En este como en otros temas de control del fraude en la contratación temporal la eficacia de esta normativa depende estrechamente del control que ejerza la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para lo que se requiere una ampliación de su plantilla, hasta la fecha muy insuficiente. Para tratar de resolver esta insuficiencia, el Consejo de Ministros ha aprobado el 16 de noviembre de 2021 el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023, cuyo Eje 3 está dedicado al "robustecimiento y modernización de todos los elementos del sistema de Inspección" mediante el incremento del número de efectivos[47].

La incertidumbre de la nueva regulación en materia de contratación sobre su virtualidad y la dificultad de combatir eficazmente la lacra de la temporalidad, tan profundamente arraigada en el mercado de trabajo español y de la que han obtenido beneficios grandes sectores empresariales por el debilitamiento que entraña en la fuerza colectiva de las personas trabajadoras, dificulta enormemente la evaluación cuantitativa de sus efectos[48]. De ello ha sido consciente el "legislador" del RD-ley 32/2021, que ha dado lugar a la nueva DA 24ª ET. En ella se prevé una evaluación de los resultados obtenidos en materia de reducción de la contratación temporal y afianzamiento de la indefinida mediante un análisis de los datos en enero de 2025 de la temporalidad, la general y la de sectores, de forma que si los resultados muestran que si no se reducen esas tasas de temporalidad el Gobierno deberá elevar a la mesa de diálogo social una propuesta de medidas adicionales para la consecución de esos objetivos.

Esta nueva reforma laboral invierte la tendencia de las últimas cuatro décadas de recortar derechos laborales, a pesar de que hayan quedado aspectos sustanciales sobre negociación colectiva, modificación de las condiciones de trabajo y despido pendientes de abordar y que la regulación sobre la subcontratación, se haya quedado a "medio camino", en particular la aplicación al personal de la contrata del convenio sectorial y no el de la empresa principal. En el 2022 se verá su impacto en cuanto a reducir la temporalidad en el empleo, que ya ha empezado a notarse en los primeros meses de 2022. Según los datos disponibles unos días antes de la aprobación del RD-ley 32/2021 por parte del Congreso de los Diputados, la contratación indefinida marcó un récord histórico de los meses de enero en la última década, subiendo al 15% de la contratación total, un dato positivo que apunta una tendencia que seguramente se consolidará en los próximos meses, vistas las primeras reacciones de administraciones y empresas al respecto[49]. Por ahora, la tendencia a la estabilización se agudiza en febrero, llegando en marzo a un 30% de indefinidos en los nuevos contratos, es decir más de un millón de nuevos empleos indefinidos en el trimestre. Cabe destacar que el 30% de las contrataciones indefinidas de marzo sean conversiones de temporales tanto de obra o servicios como en mayor medida de eventuales. Como principal dato preocupante, señalar que un 28% son a tiempo parcial. Que el 20% sean fijos discontinuos es, por contra, otra muestra de la rápida eficacia de la

[46] ROJO TORRECILLA, E.: "Estudio de la reforma laboral de 2021 (IV) La nueva contratación temporal estructural y la potenciación del contrato fijo discontinuo", en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_7.html

[47] Publicada por Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social (BOE n.º 289, de 3 de diciembre de 2021).

[48] El SEPE ha estimado que la tasa de temporalidad global podría reducirse en casi dos puntos, hasta el 23% de los asalariados y afectaría a 800.000 personas al año.

[49] En PASCUAL CORTÉS, R.: "Los contratos…, cit. se recogen declaraciones del Ministro Escrivá según las cuales entre enero y mediados de febrero de 2022 se han contabilizado 160.000 contratos indefinidos más que en el mismo período de años anteriores, 150.000 contratos temporales menos y 20.000 contratos de fijos discontinuos más.

reforma en la promoción de un modelo de empleo más estable[50]. Después de haber abordado los cambios regulatorios y los impactos esperados de la última reforma laboral, concluyamos con una serie de elementos de recapitulación.

4. CONCLUSIONES

El objetivo principal de este artículo ha sido hacer una aportación al debate sobre la última reforma laboral, desde el estudio de sus alcances potenciales y de sus limitaciones principales, enmarcándola en la dirección de ayudar a resolver uno de los dos grandes problemas del empleo en España que, junto al alto paro en especial de la población joven, es el de la fuerte temporalidad laboral, situada por encima de todos los países de nuestro entorno.

Para ello hemos abordado en el Apartado 2 como las reformas laborales desde 1980 y la evolución de la temporalidad en España son dos procesos estrechamente relacionados y retroalimentados en la degradación de un modelo laboral español que está a la cabeza en Europa en cuanto a la abusiva utilización de esas modalidades contractuales. Primero hemos hecho un repaso de los cambios normativos en todo un proceso de recomposición de la regulación laboral, desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores en 1980 hasta la reforma laboral de 2012. Hemos apuntado que la principal tendencia ha sido la ampliación de las posibilidades de empleo temporal de la fuerza de trabajo, así como la degradación de los contratos estables, creando nuevas tipologías con menores derechos en materias centrales como el salario, la indemnización de despido, contribuciones sociales y otras. Las modalidades contractuales iban aumentándose reforma tras reforma, a veces sustituyendo unos contratos por otros, eliminando los más evidentemente inservibles, cambiándoles de nombre, ajustando clausulas siempre a favor de la parte empresarial en términos de costes y derechos laborales.

Además de la legalización de las ETT y sus Contratos de puesta a disposición en 1994, es de remarcar con especial énfasis el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, dedicado a los contratos de duración determinada. El *Contrato por obra o servicio determinados* se precisa para actividades cuya "ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta". De esta forma se descausaliza su uso y se consigue que pueda aplicarse, a falta de interpretaciones judiciales que lo declaren en fraude de ley, en muchas situaciones de carácter impreciso. Las reformas laborales posteriores siguen en la senda general descrita, nuevos contratos, incitaciones a la contratación indefinida poco eficaces, por basarse en la reducción de costes para las empresas más que en la limitación del poder de contractualización temporal. Así mismo, las reformas de 2010-2011 del PSOE y la de 2012 del PP no hicieron ninguna aportación significativa en materia de contratación, si acaso la liberalización y abaratamiento de los *Contratos para la formación y el aprendizaje*, medida que tras un primer impacto de aumento de su utilización, se ha acabado demostrando igual de ineficaz que sus predecesoras en la materia.

En la segunda sección de este apartado hemos completado nuestro análisis sobre la alta y preocupante temporalidad del empleo en España, realizando una presentación de su impacto agregado en las personas asalariadas, partiendo de una interpretación en clave de desigual reparto de las consecuencias desestabilizantes de todo este proceso. Por un lado hemos identificado las mujeres del sector público como las que presentes las más altas y persistentes tasas de temporalidad en el empleo. Hemos podido afinar también la centralidad de los *Contratos por obra o servicio* en el empleo privado, en mayor medida para los hombres, ya que casi trabajan con estos contratos uno de cada dos empleados temporales totales. Por último, hemos observado que la temporalidad en el sector público está más concentrada en los *Contratos de sustitución* para cubrir ausencias totales o parciales con reserva de puesto, lo que limita por tanto el impacto que la reforma laboral de 2021

[50] MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: "Demandantes de empleo, paro, contratos y prestaciones por desempleo Marzo 2022", *Datos de los registros del Servicio Público de Empleo Estatal*, 2022.

pueda tener en la reducción de la temporalidad en el sector público, a favor de los procesos de estabilización y su respectivo desarrollo.

En el Apartado 3 hemos realizado una valoración exhaustiva de las implicaciones del 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, sobre las modalidades de contratación temporal, indicando nuestras expectativas en cuanto a la esperada y necesaria reducción de la contratación temporal. En primer lugar hemos apuntado como relevante las limitaciones establecidas en el empleo temporal, mediante la simplificación de las modalidades de contrato, refuerzo de la causalidad para el uso de la temporalidad y la eliminación del contrato por obra o servicio que es especialmente relevante en el empleo asalariado del sector privado. Es relevante también la orientación que da esta reforma a la conversión en indefinidos de aquellos contratos que infrinjan la nueva normativa sobre temporalidad.

Aun así, hemos podido observar que uno de los objetivos declarados de esta reforma de la contratación es la conversión en fijos discontinuos de una parte de los actuales empleos temporales, lo que provoca de facto el aumento de sus indemnizaciones por despido y provoca una mayor estabilidad de las personas empleadas en los mismos. Especialmente en el Sector de la Construcción es además notoria la sustitución de unos contratos por otros que, aun siendo mejores en términos de derechos, no solucionan la falta de estabilidad de quienes son subcontratados en estas actividades. Aun así, es de remarcar que el refuerzo de los derechos laborales de estas personas tiene como contrapartida una asunción de costes por parte de la administración a cargo de las prestaciones de desempleo, especialmente inadecuada en lo que atañe a la contratación por parte de las ETT.

En cuanto al empleo público se repite la limitación señalada, estando las actividades contratadas por la administración sometidas a un régimen de fijo discontinuo que mejora la situación laboral de las personas asalariadas, pero a cargo de los fondos públicos para la protección del desempleo. Aun así el previsible aumento de los contratos de duración determinada por circunstancias de la producción implica una generalización de las nuevas limitaciones al encadenamiento de contratos, lo que sumado al efecto de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, supondrá una importante estabilización del empleo público que es una de las nuevas exigencias de los compromisos adquiridos por España con sus socios europeos en materia laboral.

A continuación, hemos desarrollado nuestra valoración sobre que los periodos de aplicación establecidos pueden suponer una dilatación de los efectos esperados en términos de reducción de la temporalidad, ya que los *Contratos por obra o servicio* firmados antes del 31 de diciembre de 2021 podrían alargarse aún varios años. Aunque se impida su renovación en los actuales términos de temporalidad, consideramos que las Disposiciones Transitorias van a reducir el posible y esperado impacto amplio de esta reforma en un futuro inmediato, lo que no deja de ir en contra del propio objetivo manifestado en el RD-ley. Igualmente, aunque se refuerce su causalidad, nada hace esperar que en sectores con especial tradición de contratación temporal no se utilicen masivamente los contratos por circunstancias ocasionales y previsibles por duración inferior a 90 días.

Aun así, el refuerzo de las posibilidades, causas y cuantías sancionadoras puede limitar este efecto, siempre y cuando se lleve a cabo el anunciado impulso de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dotándola de nuevos recursos y mejorando su eficacia en el cumplimiento de su función de hacer cumplir las leyes y convenios colectivos en materia laboral. Por último, es importante que el Gobierno se haya fijado la obligación de evaluar los efectos de esta reforma en la reducción de la temporalidad tanto del empleo público como del privado, lo que podría haberse reforzado estableciendo límites en las tasas de temporalidad por sectores que al final se han quedado fuera del acuerdo por exigencia patronal.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALBARRACÍN, D.: "Tendencias sociolaborales y Relación Salarial (3): Polarización de las clases sociales y nuevos modos de vida", 2011, *http://www.danilоalba.blogspot.com.es*

ALBARRACÍN, D.: D*e la utopía postindustrial a la crisis de las sociedades salariales de servicios: En torno al ciclo del capital y la identidad de clase de los trabajadores españoles en el capitalismo tardío*, Tesis Doctoral dirigida por Luis Enrique Alonso Benito, UCM, Madrid, 2003.

ALBIZU, E. (Coord.): *Inserción laboral: Enfoques convergentes,* Zarautz, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2003.

ÁLVAREZ, I., IDOATE, E., RAMÍREZ, A. y RECIO, A.: *Qué hacemos para cambiar el modelo productivo con medidas viables que acaben con el paro*, Madrid, Akal, 2014.

ÁLVAREZ I., LUENGO, F. y UXO, J.: *Fracturas y crisis en Europa*, Madrid, Clave Intelectual, 2013.

ÁLVAREZ, I., UXO, J. y FEBRERO, E.: "Internal devaluation in a wage-led economy. The case of Spain", *Cambridge Economic Journal*, vol. 43, n. º 2, 2017.

ARAGÓN GÓMEZ, C.: "Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos", *Labos-Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, 2022.

BANYULS, J. and RECIO, A.: "Labour segmentation and precariousness in Spain: theories and evidence", in Grimshaw *et al*., 2017.

BENGOETXEA, A. y DE LA CAL, Mª. L.: *La flexiseguridad como clave de la política de empleo de la Unión Europea, entre la competitividad, la inclusión social y el respeto a los derechos sociales,* Vitoria, Eurobask, 2011.

BUENDIA, L. y MOLERO, R.: *The Political Economy of Contemporary Spain: From Miracle to Mirage*, London-New York, Routledge, 2018.

CCOO: "Los costes económicos y sociales de la inestabilidad en el empleo y de las reformas laborales de 2010 y 2012", *Gabinete Económico de CCOO*, Madrid, 2021.

CARRERA DOMÈNECH, M., GUZMÁN, Mª. E. y RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "La reforma laboral (I): los contratos temporales", pwc Periscopio Fiscal y Legal, en https://www.pwc.es/es/asesoramiento-fiscal-legal/fiscal/reforma-laboral-contratos-temporales.html, 30/12/2021

CEBRIAN, I. y TOHARIA, L.: *La tempralidad en el empleo: Atrapamiento y Trayectorias*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.

CHINEA E., RODRIGUEZ, K., YANE, C. y OSORNO, M.: *Análisis de la contratación temporal en España*, Memoria del Trabajo de Fin de Grado, Grado de Economía. Universidad de La laguna.

COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre España 2017*, Bruselas, 2017.

CONSEJO ECONÓMICO y SOCIAL: *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2020*, Madrid, Departamento de Publicaciones, 2021.

CONSEJO ECONÓMICO y SOCIAL: *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2019*, Madrid, Departamento de Publicaciones, 2020.

CONSEJO ECONÓMICO y SOCIAL: *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2018*, Madrid, Departamento de Publicaciones, 2019.

DE LA FUENTE LAVÍN, M.: "Art. 30: La protección en caso de despido injustificado, insuficiente para contrarrestar la tendencia flexibilizadora y de subordinación de lo social", en ORDEÑANA GEZURAGA, I., (Dir.) *et al*: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico español,* Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "RD-ley 32/2021: El fin de los contratos temporales que conocíamos. Régimen transitorio hasta su definitiva desaparición", *Desafíos sociales*, 10/01/2022, en https://www.desafiossociales.es/2022/01/10/RD-ley-32-2021-el-fin-de-los-contratos-temporales-que-conociamos-regimen-transitorio-hasta-su-definitiva-desaparicion/

EUROSTAT: *Enquête sur les forces de travail 2020*, Données sur l'émploi et le chômage, 2021.

GOERLICH PESET, J. M.: "Contrato fijo-discontinuo: ampliación de efectos y mejora de sus garantías", *Labos-Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, 2022.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad,* Monografía de Temas Laborales, n.º 44, Junta de Andalucía, 2010.

GRIMSHAW, D., FAGAN, C., HEBSON, G. and TAVORA, I.: *Making work more equal: A new labour market segmentation approach*, Manchester University Press, 2017.

INE: *Encuesta de Transición Educativa-Formativa e Inserción Laboral 2019*, 2020.

INE: *Encuesta de inserción laboral de titulados universitarios en 2019*, 2020.

INTERIM GROUP: "Requisitos para contratar personal por ETT", 2020.

JIMENO, J.: "Reformas laborales e inserción laboral en España", en ALBIZU, E. (Coord.), *Inserción laboral: Enfoques convergentes,* Zarautz, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2003.

LEFRESNE, F.: "Vers le renouvellement de l'analyse segmentationniste", *Economie et Societés*, serie «Economie du travail» AB n. º22, 8/2002.

LOPEZ LACALLE, P.: *La desmovilización general: Jóvenes, sindicatos y reorganización productiva*, Madrid, Los Libros de La Catarata, 2007.

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES: "El Gobierno aprueba la transformación estructural del mercado laboral español que permitirá combatir la temporalidad y la precariedad y equipararlo a Europa", en https://prensa.inclusion.gob.es/WebPrensaInclusion/noticias/ministro/detalle/4179.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: "Demandantes de empleo, paro, contratos y prestaciones por desempleo Marzo 2022", *Datos de los registros del Servicio Público de Empleo Estatal*, 2022.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: "Demandantes de empleo, paro, contratos y prestaciones por desempleo Febrero 2022", *Datos de los registros del Servicio Público de Empleo Estatal*, 2022.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: "Demandantes de empleo, paro, contratos y prestaciones por desempleo Enero 2022", *Datos de los registros del Servicio Público de Empleo Estatal*, 2022.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: "Estadística de Empresas de Trabajo Temporal", 2021.

MORARU, G-F.: "Notas a las disposiciones transitorias de la reforma laboral y entrada en vigor", AEDTS, en https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/AEDTSS-gabriela-brefs.pdf

MORENO GENÉ, J.: "El contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 116, 2012.

MORENO MÁRQUEZ, A.: "Los contratos formativos", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social,* n.º 107, 2010.

OIT-ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: "Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: tendencias 2019", *Oficina Internacional del Trabajo*, Ginebra, 2019.

OTXOA, I.: *El recorte de derechos en las reformas laborales*, Bilbao, Robles Arangiz Institutua, ELA, 2007.

POLAVIEJA, J.: "¿Por qué es tan alta la tasa de empleo temporal? España en perspectiva comparada", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS),* 113.1, 2006.

POLAVIEJA, J.: *Estables y precarios. Desregulación laboral y estratificación social en España*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2003.

QUESADA SEGURA, R.: "Derechos de formación profesional y contratos formativos", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social,* n.º 115, 2012.

RAMOS MORAGUES, F.: "La incidencia de la reforma laboral en el empleo público", *Labos-Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, 2022.

RECIO, A.: "Capitalismo Español: La inevitable crisis de un modelo insostenible", *Revista de economía crítica*, n.º 9, 2005.

RECIO, A.: "Notas sobre el modelo de empleo español", *Gaceta sindical: reflexión y debate*, n.º 5, 2005.

ROJO TORRECILLA, E.: "Contratas. La recuperación de la letra y el espíritu del contrato para obra o servicio (¿y la primera piedra para la reforma de la LET?). Notas a la trascendental sentencia del TS de 29 de diciembre de 2020", en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/12/contratas-la-recuperacion-de-la-letra-y.html y "UE. Límites a la utilización del contrato "fijo de obra" en el sector de la construcción en España. Notas a la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021", en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/06/ue-limites-la-utilizacion-del-contrato.html

ROJO TORRECILLA, E.: "Las disposiciones transitorias de la reforma laboral de 2021", AEDTS, en https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/BRIEF-AEDTSS-eduardo-rojo.pdf

ROJO TORRECILLA, E.: "Estudio de la reforma laboral de 2021 (IV) La nueva contratación temporal estructural y la potenciación del contrato fijo discontinuo", en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_7.html

SALA FRANCO, T.: "La temporalidad en el empleo público"*, Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n.º 1, 2022.

SANZ DE MIGUEL, P.: "Falsos autónomos y falsos becarios: una aproximación institucional al caso español", *Cuadernos de relaciones laborales,* 37(1), 2019.

SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL: *Datos estadísticos de contratos,* Ministerio de Trabajo del Gobierno de España, 2021.

TAIFA: *Del pleno empleo a la plena precariedad*, TAIFA-Seminario de economía crítica, Informe de economía n.º 3, 2006.

VICENT, L.: *Precariedad laboral en la economía española. Una perspectiva de género. El mercado de trabajo en los primeros años del siglo XXI*, Tesis de la Universidad Complutense de Madrid dirigida por Fernando Luengo, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Departamento de Economía Aplicada I (Economía Internacional y Desarrollo), 2018.

VILLANUEVA, P., CARDENAS, L., UXO, J. y ÁLVAREZ, I.: «The role of internal devaluation in correcting external deficits: the case of Spain», *Structural Change and Economic Dynamics*, vol. 54, 2020.

ZUBIRI, J. B.: *L'emploi des jeunes : vecteur de recomposition des économies salariales de services*, Tesis doctoral de la Université Grenoble-Alpes, Grenoble, 2016.

ZUBIRI, J. B.: "El empleo juvenil como vector de recomposición de las economías salariales de servicios. Miradas desde esta parte del mundo ", *XIV. Jornadas de Economía Crítica*,Valladolid, 4-6 de septiembre, 2014.

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 Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. Normas internacionales

-Convenio OIT nº 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, hecho en Ginebra en 2011. Aprobado por el Congreso de los Diputados el 9 de junio de 2022 (pendiente de su publicación en el BOE)

A través de este Convenio se garantizan los derechos colectivos e individuales fundamentales y de protección social de las trabajadoras y trabajadores domésticos.

El Convenio obliga a adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente, así como, si residen en el hogar para el que trabajan, de condiciones de vida decentes que respeten su privacidad. También a adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos sean informados sobre sus condiciones de empleo de forma adecuada, verificable y fácilmente comprensible, preferentemente mediante contratos escritos en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, que incluyan los datos fundamentales relacionados con la relación de trabajo, que aparecen enumerados en el art. 7 del Convenio.

Se contemplan también medidas de protección para los trabajadores domésticos migrantes que son contratados en un país para prestar servicio doméstico en otro país.

También se garantiza (art. 10) la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general en relación a las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas, y los períodos a disposición del hogar.

En materia de remuneración, se establece la garantía del salario mínimo y la no discriminación en la remuneración por motivo de sexo, la forma y periodicidad del pago del salario, así como la limitación del pago en especie.

Se reconoce el derecho del trabajador doméstico a un entorno de trabajo seguro y saludable, para lo que el Estado deberá adoptar medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, a fin de asegurar la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores domésticos.

Uno de los aspectos que más incidencia va a tener en el ordenamiento español es la obligación (art. 14) de garantizar a los trabajadores domésticos condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad.

Se establecen garantías para proteger efectivamente contra las prácticas abusivas a los trabajadores domésticos contratados o colocados por agencias de empleo privadas, incluidos los trabajadores domésticos migrantes.

El Estado está obligado a adoptar medidas para asegurar que todos los trabajadores domésticos tengan acceso efectivo a los tribunales o a otros mecanismos de resolución de conflictos en condiciones no menos favorables que las condiciones previstas para los trabajadores en general.

Especialmente importante es también la obligación del Estado de formular y poner en práctica medidas relativas a la inspección del trabajo, la aplicación de las normas y las sanciones, prestando debida atención a las características especiales del trabajo doméstico, especificando las condiciones con arreglo a las cuales se podrá autorizar el acceso al domicilio del hogar, en el debido respeto a la privacidad.

En cualquier caso, este Convenio no afecta a las disposiciones más favorables que sean aplicables a los trabajadores domésticos en virtud de otros convenios internacionales del trabajo.

-Instrumento de adhesión al Convenio sobre el trabajo a domicilio (Convenio OIT nº 177), hecho en Ginebra el 20 de junio de 1996 (BOE 14-6-2022)

Establece la obligación de promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados, teniendo en cuenta las características particulares del trabajo a domicilio y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa.

La igualdad de trato deberá fomentarse, en particular, respecto de: (a) el derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades; (b) a protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación; (c) la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo; (d) la remuneración; (e) la protección por regímenes legales de seguridad social; (f) el acceso a la formación; (g) la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo; (h) la protección de la maternidad.

La legislación nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo deberá aplicarse al trabajo a domicilio teniendo en cuenta las características propias de éste y deberá determinar las condiciones en que, por razones de seguridad y salud, ciertos tipos de trabajo y la utilización de determinadas sustancias podrán prohibirse en el trabajo a domicilio.

Asimismo, cuando esté permitido el recurso a intermediarios en el trabajo a domicilio, se deberán determinar las responsabilidades respectivas de los empleadores y de los intermediarios.

Destaca también la obligación de establecer un sistema de inspección que garantice el cumplimiento de la legislación aplicable al trabajo a domicilio. Y deberán preverse y aplicarse de manera efectiva medidas apropiadas, que incluyan, cuando proceda, sanciones, para los casos de infracción de dicha legislación.

Todo ello sin perjuicio de las disposiciones más favorables que sean aplicables a los trabajadores a domicilio en virtud de otros convenios internacionales del trabajo.

-Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (Convenio OIT nº 190), hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019 (BOE 16-6-2022)

A efectos de este Convenio la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa "un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género". Además, la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa "la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual".

Conforme a su art. 2, este Convenio protege a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de los trabajadores asalariados, las personas que trabajan cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación (incluidos los pasantes y los aprendices), los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador. El Convenio se aplica a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales.

El Convenio se aplica (art. 3) a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, en el lugar de trabajo; en los lugares donde se paga al trabajador, descansa o come, o en las instalaciones sanitarias o de aseo en la empresa y en los vestuarios; en los desplazamientos, viajes, o actividades sociales o de

formación relacionados con el trabajo; en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación; en el alojamiento proporcionado por el empleador, y en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo.

El Convenio establece una serie de principios fundamentales, entre los que se incluyen:

-Se deberá adoptar un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Este enfoque consiste, en particular, en: a) prohibir legalmente la violencia y el acoso; b) velar por que las políticas pertinentes aborden la violencia y el acoso; c) adoptar una estrategia integral para prevenir y combatir la violencia y el acoso; d) establecer mecanismos de control de la aplicación y de seguimiento; e) garantizar el acceso a vías de recurso y reparación y a medidas de apoyo; f) prever sanciones; g) establecer actividades de educación y de formación, y actividades de sensibilización, y h) garantizar medios de inspección e investigación efectivos, especialmente a través de la inspección del trabajo.

-Se deberá reconocer las funciones y atribuciones diferentes y complementarias de los gobiernos, y de los empleadores y de los trabajadores, así como de sus organizaciones respectivas, así como sus responsabilidades respectivas.

-Se deberá garantizar los principios y derechos fundamentales en el trabajo: libertad de asociación y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, abolición efectiva del trabajo infantil y eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, así como fomentar el trabajo decente y seguro.

-Se deberá garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Por otra parte, en el Convenio se establecen mecanismos de protección y prevención:

-Se deberá adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género.

-Se deberán adoptar medidas apropiadas para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, en particular: a) reconocer la función de las autoridades públicas en el caso de los trabajadores de la economía informal; b) identificar los sectores u ocupaciones y las modalidades de trabajo en los que los trabajadores están más expuestos a la violencia y el acoso, y c) adoptar medidas para proteger de manera eficaz a dichas personas.

-Se establecerá la obligación de los empleadores de prevención respecto a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en particular:

a) adoptar y aplicar una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso;

b) tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo;

c) identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos, y

d) proporcionar a los trabajadores información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes, inclusive sobre los derechos y responsabilidades de los trabajadores y otras personas concernidas.

Respecto al control de la aplicación y vías de recurso y reparación se debe garantizar un fácil acceso a vías de recurso y reparación y a mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos en los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo, que sean seguros, equitativos y eficaces. Además, se deben establecer medidas de protección de los querellantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias, y medidas de asistencia jurídica, social, médica y administrativa para los querellantes y las víctimas. Se debe proteger la privacidad de las personas implicadas, así como la confidencialidad; prever sanciones; prever que las víctimas de violencia y acoso por razón de género en el mundo del trabajo tengan acceso efectivo a mecanismos de presentación de quejas y de solución de conflictos, asistencia, servicios y vías de recurso y reparación que tengan en cuenta las consideraciones de género.

Se debe garantizar que todo trabajador tenga el derecho de alejarse de una situación de trabajo sin sufrir represalias si tiene motivos razonables para considerar que ésta presenta un peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad a consecuencia de actos de violencia y acoso, así como el deber de informar de esta situación a la dirección.

La inspección del trabajo debe estar facultada para actuar en caso de violencia y acoso en el mundo del trabajo, incluyendo medidas de aplicación inmediata o que impongan la interrupción de la actividad laboral en caso de peligro inminente, a reserva de cualquier recurso judicial o administrativo que pueda prescribir la legislación.

Finalmente, se establecen diversas medidas de orientación, formación y sensibilización.

-Derechos fundamentales.-REGLAMENTO (UE) 2022/555 DEL CONSEJO de 5 de abril de 2022 por el que se modifica el Reglamento (CE) n.o 168/2007 por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea DOUE núm. 108/1 07-04-2022

-Empleo atípico en plataformas digitales.- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El empleo atípico y las cooperativas de plataformas en la transformación digital de la industria» (Dictamen de iniciativa) https://Edoue núm. 152/38 06-04-2022

-Transporte por carretera.- Reglamento de Ejecución (UE) 2022/694 de la Comisión de 2 de mayo de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/403 en lo que respecta a nuevas infracciones graves de las normas de la Unión que pueden acarrear la pérdida de honorabilidad del transportista por DOUE-L núm. 129 03-05-2022

-Reglamento de Ejecución (UE) 2022/695 de la Comisión de 2 de mayo de 2022 por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la fórmula común para calcular la clasificación de riesgos de las empresas de transporte. DOUE-L núm. 129 03-05-2022

-Declaración sobre principios y derecho digitales.- Bruselas, 26.1.2022 COM(2022) 28 final, en: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-european-digital-rights-and-principles

La Comisión Europea ha presentado una "Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital" con la idea de que sea adoptada como "joint solemn declaration" por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión.

El objetivo de la Declaración es asegurar la apuesta europea por la transformación digital. Está plenamente alineada con los derechos fundamentales, incluyendo la protección de datos y la igualdad de trato, con principios como la neutralidad tecnológica y de la red y la inclusividad, y con el compromiso de mejorar las habilidades y competencias digitales, fomentar un ecosistema de

educación digital de alto rendimiento, proteger los derechos de los usuarios en el entorno digital, garantizar la libertad de los medios de comunicación y luchar contra la desinformación.

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 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania (BOE 30-03-2022)

El real decreto-ley se estructura en una parte expositiva y una parte dispositiva, conformada por cuatro títulos, divididos, a su vez, en 51 artículos, 20 disposiciones adicionales, 8 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y 43 disposiciones finales.

-El título I contempla medidas en el ámbito energético y se estructura en 7 capítulos

-El título II, de medidas en materia de transportes (relativos al transporte marítimo y portuario y al transporte por carretera y ferrocarril), incluye, entre otras, ayudas directas a empresas y profesionales especialmente afectados por la subida de los precios de los carburantes.

Además, como medida en materia de Seguridad Social, se regula la posibilidad de que las empresas con trabajadores en alta en el RGSS y los trabajadores incluidos en el RETA, que desarrollen su actividad en el sector del transporte urbano y por carretera, soliciten 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 abril a julio de 2022, en el caso de empresas, y entre los meses de mayo a agosto de 2022, en el caso de trabajadores autónomos, en unas condiciones más favorables que las contempladas con carácter general para la aplicación de dicha figura, atendiendo a las dificultades que atraviesa dicho sector.

-El título III, de apoyo al tejido económico y empresarial, se compone de 4 capítulos, que contienen medidas para reforzar la liquidez de empresas y autónomos; para mitigar el incremento de costes en el tejido empresarial de actividades críticas del sector primario; para apoyar al sector agrario, ganadero y pesquero; así como para la ampliación de plazos y flexibilización del cumplimiento de obligaciones en el ámbito cinematográfico y de la propiedad industrial.

Asimismo, se modifica, también mediante disposición final, el artículo 2 del RD-ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía, al objeto de ampliar en un mes el aplazamiento en el pago de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta en él regulado respecto a empresas y trabajadores del sector agrario, estableciéndose a su vez, un periodo máximo de amortización de 16 mensualidades.

Por último, se regula la posibilidad de que las empresas incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y los trabajadores por cuenta propia incluidos en el mismo régimen, soliciten 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 junio de 2022, en unas condiciones más favorables que las contempladas con carácter general para la aplicación de dicha figura, atendiendo a las dificultades que atraviesa el sector marítimo-pesquero.

-El título IV, por su parte, recoge diversas medidas de apoyo a trabajadores y colectivos vulnerables. Por lo que se refiere a las medidas de protección de las personas trabajadoras, la situación que en las empresas pueda causar la invasión de Ucrania o el aumento de los precios o costes energéticos, debe ser atendida con los recursos disponibles en el ordenamiento laboral, en particular, los previstos en el artículo 47 ET; pero además también resulta necesario proteger el empleo de manera suficiente. De manera que a la posibilidad de acudir a los expedientes de regulación temporal de empleo previstos en el artículo 47 ET, y de aplicar, en su caso, las ventajas asociadas a estas medidas de flexibilidad deben acompañarse medidas complementarias de cautela

adicional que se entienden precisas para garantizar la necesaria protección social, evitando despidos y destrucción de puestos de trabajo.

Estas medidas son las siguientes:

a) Las empresas beneficiarias de las ayudas directas no podrán justificar despidos objetivos basados en el aumento de los costes energéticos.

b) Las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 ET por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos.

También se prevé un incremento del importe del ingreso mínimo vital correspondiente a los meses de abril, mayo y junio de 2022 mediante la aplicación de un porcentaje del 15 % al importe reconocido en cada caso. La finalidad de esta medida es evitar que las personas perceptoras de esta prestación, que pertenecen a los colectivos más vulnerables en términos económicos y sociales, puedan verse más afectadas aún en su precaria situación por las consecuencias que la invasión de Ucrania por Rusia está generando en toda Europa, en especial por el alza extraordinaria de los precios que se ha producido, dentro de una coyuntura en la que el IPC estaba ya en máximos.

-Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma (BOE 26-06-2022).

Con la finalidad de afrontar las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania y tras la aprobación del RD-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, se considera necesario seguir adoptando medidas para reducir los precios de la energía, moderar la inflación y apoyar a los colectivos más vulnerables. Por ello, en este RD-ley se prorrogan las medidas ya previstas en el RD-ley 6/2022 y se incorpora otras nuevas para hacer frente a la actual coyuntura.

Además, se prorrogan nuevamente algunas de las medidas incluidas en el RD-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, y en el RD-ley 2/2022, de 22 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, ante la persistencia de determinadas situaciones sociales adversas y la inminente finalización de la vigencia extendida de estas medidas.

Este real decreto-ley se estructura en una parte expositiva y una parte dispositiva, conformada por tres capítulos, treinta y un artículos, seis disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales.

1. El capítulo I se compone del artículo 1, que, a lo largo de dieciséis apartados, recoge la prórroga de determinadas medidas contempladas en el RD-ley 6/2022, de 29 de marzo, e introduce algunos ajustes complementarios en las mismas.

-El apartado Diez modifica la redacción del artículo 44 del RD-ley 6/2022, de 29 de marzo, que contempla medidas en el ámbito laboral, para adaptarlas al nuevo periodo al que se extiende el apoyo público, dada la persistencia de la situación extraordinaria asociada a la invasión de Ucrania: Se mantienen las medidas complementarias de cautela adicional precisas para garantizar la protección social, evitando despidos y destrucción de puestos de trabajo, por lo que las empresas beneficiarias de las ayudas directas no podrán justificar despidos objetivos basados en el aumento de los costes energéticos durante el periodo hasta el que se extienda las ayudas que perciban.

-Asimismo, se prevé que las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el art. 47 ET por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público, no puedan utilizar estas causas para realizar despidos.

-El apartado Once da nueva redacción al artículo 45 del RD-ley 6/2022, de 29 de marzo, que contempla un incremento extraordinario del 15% en la prestación de ingreso mínimo vital, ampliando esta medida hasta el mes de diciembre de 2022.

-Por su parte, el apartado Doce introduce un nuevo art. 45 bis en el RD-ley/2022, de 29 de marzo, que contempla una medida similar aplicable a las pensiones de jubilación e invalidez del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, estableciendo un incremento extraordinario del 15 por ciento para dichas pensiones desde el 1 de julio hasta el 31 de diciembre de 2022, respecto de la cuantía que corresponda percibir a cada beneficiario durante esos meses.

2. El capítulo II se dedica a medidas en materia de transportes: ayudas directas al transporte público terrestre, urbano e interurbano; y la segunda, a otras medidas destinadas al sector.

3. El capítulo III, bajo la rúbrica de «Otras medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica», se divide en tres secciones; la primera, referida a medidas en el ámbito energético; la segunda, a medidas de apoyo al sector agrario; y la tercera, a otras medidas de carácter social y laboral.

-Se establece la prórroga, hasta el 31 de diciembre de 2022, de los expedientes de regulación temporal de empleo vinculados a la situación de fuerza mayor temporal en el supuesto de empresas y personas trabajadoras de las islas Canarias afectadas por la erupción volcánica registrada en la zona de Cumbre Vieja, a los que se refiere la disposición adicional cuarta del RD-ley 2/2022, de 22 de febrero. Igualmente se prorrogan las medidas extraordinarias por cese de actividad para los trabajadores autónomos afectados por la indicada erupción volcánica, a los que se refiere la disposición final novena del RD-ley 2/2022.

-En el artículo 27 se contempla la prórroga durante tres meses más del régimen extraordinario de aplazamientos del pago de cuotas a la Seguridad Social previsto en diversas normas: las establecidas para las empresas y trabajadores autónomos en el art. 10 del RD-ley 20/2021, de 5 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo para la reparación de los daños ocasionados por las erupciones volcánicas y para la reconstrucción económica de la isla de La Palma (previamente prorrogadas mediante la disposición adicional quinta del RD-ley 2/2022, de 22 de febrero); las establecidas en el art. 2 del RD-ley 4/2022, de 15 de marzo, y en el art. 37 del RD-ley 6/2022, de 29 de marzo, en relación con el desarrollo de las actividades agrarias y las propias del ámbito pesquero; y las establecidas en el art. 28 del RD-ley 6/2022, de 29 de marzo, en relación con el desarrollo de las actividades de transporte.

-El artículo 31 introduce una línea directa de ayuda a personas físicas de bajo nivel de ingresos y patrimonio, que sean asalariados, autónomos o desempleados. Esta ayuda, de 200 euros de cuantía en pago único, tiene por objeto paliar el efecto perjudicial en los precios ocasionado por la crisis energética derivada de la invasión de Ucrania en situaciones de vulnerabilidad económica, no cubiertas por otras prestaciones de carácter social. Para la percepción de esta ayuda, se establecen unos máximos de ingresos y patrimonios conjuntos en función de la convivencia en el domicilio.

1.3. Normas laborales

-Relación laboral de artistas. - Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector (BOE 23-03-2022)

Los objetivos de esta norma son:

a) La regulación de un contrato de duración determinada ad hoc que cubra con garantías y seguridad jurídica las causas propias del sector, así como la duración de los contratos, sin que en ningún caso pueda ser utilizado para necesidades permanentes y estructurales (SSTJUE de 25 de octubre de 2018, Sciotto, C-331/17; y de 26 de febrero de 2015, Comisión c. Ducado de Luxemburgo, C-502/13; STS de 7 de septiembre de 2021, N.º Recurso: 1158/2019; 7 de septiembre de 2021).

b) La integración en el ámbito subjetivo de esta relación laboral especial del personal técnico o auxiliar que está a cargo de las actividades profesionales íntimamente conexas a la actividad artística y que comparte sus mismas condiciones de temporalidad -excluido, por tanto, el personal que atiende necesidades permanentes y estructurales- y al que por razones de una correcta protección hay que incluir en dicho marco regulatorio.

c) El reconocimiento de que fuera de las actividades artísticas de naturaleza temporal que legitiman el recurso al mencionado contrato de duración determinada, la contratación deberá ser indefinida ya sea en sus modalidades de ordinaria ya de fija discontinua.

Este Real Decreto 5/2022 modifica la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos que pasa a denominarse: "La de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad "[art. 2 e) ET], ampliando así su ámbito de aplicación de la relación laboral especial.

Además, el Real Decreto-ley 5/2022 establece que los contratos de trabajo sujetos a esta relación laboral especial podrán celebrarse con carácter indefinido o por tiempo determinado. En relación con estos últimos, se modifica el régimen de contratación de los artistas incluidos en la nueva relación laboral, adaptando, por un lado, el régimen de contratación temporal artística a la reforma laboral de 2021 y por otro, creando un nuevo contrato temporal artístico.

Se aumenta la cuantía de la indemnización por finalización de contrato.

Se introducen modificaciones en materia de Seguridad Social tendentes a adaptar la regulación a la reforma laboral de 2021 y a la reforma del RD 1435/1985.

El contenido de este RD-ley es el siguiente:

1. El artículo 1 modificar el art. 2 ET, incluyendo de manera expresa al personal técnico y auxiliar que colabora en la producción del espectáculo, de forma que se considera relación laboral especial «La de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad»

2. El artículo 2 procede a efectuar las modificaciones necesarias en el RD 1435/1985, de 1 de agosto, referidas al ámbito subjetivo, la forma del contrato, la duración y modalidades del contrato de trabajo y la extinción:

-Respecto al ámbito subjetivo: se incluye a las personas que desarrollan actividades técnicas o auxiliares en la medida en que tales actividades no se desarrollen de forma estructural o permanente por la empresa, aunque sea de modo cíclico. También se recoge con carácter no

exhaustivo una relación de actividades artísticas, técnicas y auxiliares y el medio o soporte a través del cual estas pueden llegar al público.

-En cuanto a la forma, se incluye su forma escrita cualquiera que sea su duración o modalidad.

-Respecto de la duración y modalidades del contrato de trabajo, se refiere el artículo 5 al *contrato laboral artístico de duración determinada*, que solo podrá celebrarse para cubrir necesidades temporales de la empresa, subrayándose que para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifique la causa de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y el vínculo necesario con la duración prevista.

-El artículo 10 se ocupa de la extinción del contrato de duración determinada, refiriéndose tanto a la causa, que será por expiración del plazo o su total cumplimiento (incluidas las posibles prorrogas), así como a la indemnización, que se hace equivalente a la prevista en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores respecto de los contratos temporales ordinarios, salvo que la duración del contrato sea superior a dieciocho meses, en cuyo caso la indemnización será equivalente a veinte días.

-Se añade, por último, una disposición adicional en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, sobre la inaplicación al personal técnico y auxiliar de ciertas previsiones normativas.

Por otra parte, se prevén ciertas medidas en materia de Seguridad Social:

-Se prevé el desarrollo normativo de un tratamiento singular a efectos de cotización para los artistas con ingresos anuales inferiores a 3.000 euros, con la idea de reforzar la protección social de un colectivo que se ha visto abocado a una situación crítica, acomodando estas medidas a las propias características del sector (disposición adicional primera).

-Se modifica el apartado 3 del art. 151 LGSS para incorporar entre los supuestos excluidos de efectuar la cotización adicional en contratos de duración determinada inferiores a 30 días previsto en la norma, a los contratos celebrados al amparo de la relación laboral especial de las personas que realizan actividades artísticas, técnicas y auxiliares en las artes escénicas, la actividad audiovisual y la música (disposición final primera).

-Se modifica el art. 32 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (RD 2064/1995, de 22 de diciembre) para acomodarlo a la nueva regulación dada al RD 1435/1985, de 1 de agosto (disp. final segunda).

-Mecanismo RED. Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de marzo de 2022, por el que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, de conformidad con el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para el sector de las agencias de viaje (BOE 1-4-2022)

El sector turístico ha sido uno de los que más impacto (y de mayor intensidad) ha sufrido la crisis económica, social y sanitaria derivada de la pandemia de COVID-19, con incidencia en todas las actividades directa o indirectamente relacionadas con este sector, si bien resultan especialmente pronunciados sus efectos en el principal actor intermediario global del mercado: las agencias de viaje.

Los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) protegieron a la gran mayoría de personas trabajadoras que se ocupaban en las ramas de la hostelería y las agencias de viajes, pero, así como en las ramas de la hostelería las personas en ERTE fueron evolucionando al ritmo de las restricciones sanitarias, se observa que, en el caso de las agencias de viajes, este porcentaje no ha

mostrado el mismo ritmo de desaceleración, siendo todavía el 30 % del total en esta rama las personas que se encuentran en un esquema de protección al empleo.

El porcentaje tan alto de personas en ERTE en el sector de las agencias de viaje, que es la única rama donde se refleja este comportamiento, está relacionado, no obstante, con un cambio estructural que se está produciendo en el sector, y que posiblemente empezara con anterioridad al estallido de la COVID-19. De hecho, los datos de afiliación a la Seguridad Social también muestran una reducción del 14 % en las personas afiliadas en las agencias de viaje que contrasta con sólo la reducción del 3 %, de media, de las personas afiliadas en las ramas de hostelería.

En este contexto, el marco que ofrece el Mecanismo RED se considera idóneo para permitir a las agencias de viaje afrontar los desafíos a los que se enfrenta el sector, permitiendo tanto la reactivación completa de su fuerza de trabajo, como la adaptación de su actividad a los nuevos desafíos, porque la activación de este mecanismo proporciona a las empresas una extraordinaria flexibilidad para adaptarse a la nueva situación, al tiempo que incentiva las acciones formativas oportunas para culminar el proceso de recuperación del sector.

El artículo 47 bis.1.b) ET establece como una de las modalidades del Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización la modalidad sectorial, cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una. Dentro de esa modalidad sectorial se declara, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo para el sector de las agencias de viajes.

Por el presente Acuerdo, las empresas cuya actividad se clasifique en los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas -CNAE-2009- 7911, 7912 y 7990 a fecha 31 de marzo de 2022, podrán solicitar la aplicación de las medidas de reducción temporal de jornada y suspensión de contratos de trabajo propias del Mecanismo RED sectorial, entre el 1 de abril y el 31 de diciembre de 2022. El mecanismo permanecerá activado por el mismo periodo, perdiendo su vigencia y efectos el 31 de diciembre de 2022, con independencia de la fecha de la solicitud de la empresa.

-Real Decreto-ley 8/2022, de 5 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (BOE 06-04-2022)

Esta norma se enmarca en el objetivo de realizar una profunda reforma de la carrera científica, que ha sido abordado a través del Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, en ejecución del componente 17 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Mediante este real decreto-ley, se crea el nuevo contrato indefinido de actividades científico-técnicas:

-Su objeto será la realización de actividades vinculadas a líneas de investigación o de servicios científico-técnicos, incluyendo la gestión científico-técnica de estas líneas que se definen como un conjunto de conocimientos, inquietudes, productos y proyectos, construidos de manera sistemática alrededor de un eje temático en el que confluyan actividades realizadas por uno o más grupos de investigación y requerirá su desarrollo siguiendo las pautas metodológicas adecuadas en forma de proyectos de I+D+I.

-El contrato se podrá celebrar con personal con título de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto, Diplomado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico, Grado, Máster Universitario, Técnico/a Superior o Técnico/a, o con personal investigador con título de Doctor o Doctora.

-La totalidad de los procedimientos de selección del personal laboral se regirán en todo caso a través de convocatorias públicas en las que se garanticen los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y concurrencia.

-Estos contratos, de duración indefinida, no formarán parte de la Oferta de Empleo Público ni de los instrumentos similares de gestión de las necesidades de personal a que se refiere el artículo 70 EBEP, ni su convocatoria estará limitada por la masa salarial del personal laboral, lo que los dota de la necesaria agilidad y rapidez de respuesta a las necesidades del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.

-En los supuestos en que los contratos estén vinculados a financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad, los mismos no requerirán del trámite de autorización previa.

Pese a que este nuevo contrato está incluido en el Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, se considera urgente disponer su aplicación inmediata para permitir que dichos contratos laborales indefinidos puedan suscribirse por los agentes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación a partir del 31 de marzo de 2022, toda vez que los contratos para obra y servicio determinado y los contratos eventuales (las dos modalidades más utilizadas hasta ahora en este ámbito), quedan afectados por la reforma laboral de 2021. Por ello:

-Se introduce un nuevo artículo 23 bis en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación a través del cual se regulan estos nuevos contratos.

-Se introduce también en la citada Ley un nuevo artículo 32 bis, referido a los contratos para la realización de proyectos y para la ejecución de planes y programas públicos de investigación científica y técnica o de innovación, conforme al cual las universidades públicas podrán contratar personal técnico de apoyo a la investigación y a la transferencia de conocimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 bis de esta Ley.

-Se introduce un nuevo apartado 5 en el artículo 85 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, conforme al cual los centros del Sistema Nacional de Salud o vinculados o concertados con este y las fundaciones y consorcios de investigación biomédica podrán contratar personal técnico de apoyo a la investigación y a la transferencia de conocimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 bis de la Ley 14/2011, de 1 de junio.

-Orden TES/388/2022, de 29 de abril, por la que se regula el Registro electrónico de apoderamientos del Fondo de Garantía Salarial, O.A. (BOE 5-5-2022)

En el marco del impulso al empleo de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en las relaciones entre el Fondo de Garantía Salarial, O.A. y la ciudadanía, mediante la presente orden se procede a crear el Registro electrónico de apoderamientos del Fondo de Garantía Salarial, O.A.

Se regulan los requisitos y condiciones de funcionamiento del Registro Electrónico de apoderamientos del Fondo de Garantía Salarial, O.A., en el que se inscribirán los apoderamientos que de forma voluntaria se otorguen "apud acta" a favor de un tercero, presencial o electrónicamente, por quien ostente la condición de interesado en un procedimiento administrativo para actuar en su nombre ante el Fondo de Garantía Salarial, O.A.

El Registro será único en el ámbito del Fondo de Garantía Salarial, O.A., y será accesible en la sede electrónica del organismo. El Registro no tiene carácter público, por lo que solo la persona interesada, una vez identificada, podrá consultarlo electrónica o presencialmente, y acceder a la información de los apoderamientos de los que sea poderdante o apoderada. Las representaciones legales no serán objeto de inscripción en el Registro.

Se regulan los tipos de apoderamientos que podrán inscribirse en el registro:

a) Apoderamiento general, para que el apoderado pueda llevar a cabo en nombre del poderdante cualquier actuación administrativa en todas las materias, trámites y grupos de trámites recogidos en el anexo I relacionados con el Fondo de Garantía Salarial, O.A., sin que se pueda renunciar o revocar el poder por separado respecto a alguno de ellos.

b) Apoderamiento por materias, para que el apoderado pueda actuar en nombre del poderdante y llevar a cabo cualquiera de los trámites y/o grupos de trámites en la materia seleccionada de entre las relacionadas en el anexo I, sin que se pueda renunciar o revocar el poder por separado respecto a alguno de estos trámites.

c) Apoderamiento por trámites y/o grupos de trámites, para que el apoderado pueda actuar en nombre del poderdante solo en aquellos trámites y/o grupos de trámites seleccionados de entre los relacionados en el anexo I, pudiéndose renunciar o revocar el poder por separado respecto a cualquiera de ellos.

En esta Orden se establece, además, quiénes son poderdantes y apoderados; las formas en que se pueden otorgar los apoderamientos; los órganos competentes; el plazo de vigencia de los apoderamientos; y la renuncia y revocación. En el Anexo I se recogen cuáles son los trámites relacionados con prestaciones de garantía salarial.

-Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral. Mayo 2022

https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2022/100622-Guia_algoritmos.pdf

Desde la Comisión de personas expertas sobre algoritmos en el ámbito laboral del Ministerio de Trabajo y Economía Social, se facilita una guía práctica y herramientas sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral, con el objetivo de reunir en un único documento las obligaciones y derechos existentes en materia de información algorítmica en el ordenamiento jurídico-laboral español.

1.4. Empleo y formación

-Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional (BOE 01-04-2022)

Esta ley tiene por objeto la constitución y ordenación de un sistema único e integrado de formación profesional.

Responde a las advertencias realizadas por distintos organismos europeos, que señalan que el problema de la débil productividad media de nuestra economía y la insuficiente capacidad de emprendimiento están vinculadas en gran medida a la falta de cualificación adecuada de una gran parte de nuestro capital humano.

Se ponen de manifiesto en la Exposición de Motivos algunos de los problemas de la formación profesional en España, entre otros:

-Una estructura formativa en España sesgada hacia abajo y hacia arriba, con un elevado número de personas sin cualificaciones adecuadas a las necesidades de la economía actual y con un elevado número de personas sobrecualificadas en relación con el trabajo que desarrollan.

-Es necesario fortalecer el grupo de profesionales con cualificación intermedia, rasgo que nos diferencia de otras economías europeas desarrolladas.

-La formación profesional continua lastrada socialmente por una visión no adaptada a la realidad actual.

Por todo ello:

-La finalidad de la norma es regular un régimen de formación y acompañamiento profesionales que, sirviendo al fortalecimiento, la competitividad y la sostenibilidad de la economía española, sea capaz de responder con flexibilidad a los intereses, las expectativas y las aspiraciones de cualificación profesional de las personas a lo largo de su vida y a las competencias demandadas por las nuevas necesidades productivas y sectoriales tanto para el aumento de la productividad como para la generación de empleo.

-Se articula, así, un Sistema de formación profesional que acompañe a las personas desde el sistema educativo y durante toda la vida laboral, superando los dos subsistemas independientes existentes hasta ahora.

-Se establece un Sistema de Formación Profesional en que toda la formación sea acreditable, acumulable y capitalizable.

-Cuantas medidas y acciones se programen y desarrollen en el marco del Sistema de Formación Profesional deberán responder a la finalidad a la que éste sirve, con la flexibilidad que exige la generación de itinerarios formativos y profesionales versátiles.

-Las ofertas se organizarán desde las "microformaciones" a los títulos de formación profesional.

-Toda la formación profesional tendrá carácter dual, en tanto que se desarrollará entre el centro de formación y la empresa.

-Quedan derogadas (disposición derogatoria única): la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional: cuantas disposiciones de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, se opongan a lo establecido en la presente ley, sin perjuicio de las modificaciones que realice el Gobierno respecto a las disposiciones de dicha norma que se vean afectadas por esta disposición derogatoria; la disposición adicional primera de la LO 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, por la que se modifican la LO 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de colaboración entre la formación profesional superior y la enseñanza universitaria; y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente ley.

-Plan Anual del Política de Empleo (PAPE).- Resolución de 26 de abril de 2022, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de abril de 2022, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2022, 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 04-05-2022)

Se acuerda el Plan de Política de Empleo Anual (PAPE) de conformidad con lo establecido en el art. 11.2 de la Ley de Empleo, de conformidad con lo establecido en la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo (2021-2024).

Esta Estrategia constituye el marco para la determinación de objetivos comunes a conseguir por el conjunto de servicios públicos de empleo, al establecer un instrumento que garantiza la igualdad en el acceso y atención a los beneficiarios de las políticas de activación para el empleo en toda España; todo ello, sin perjuicio de permitir la suficiente flexibilidad para su adaptación a las características de las personas beneficiarias de los servicios en las distintas comunidades autónomas, de tal manera que se garantice, en todo momento, la cohesión social y la complementariedad entre la unidad de mercado y la diversidad territorial, así como la eficacia y eficiencia en la utilización de fondos públicos.

En dicha Estrategia se reflejan las políticas activas de empleo y de intermediación laboral que se desarrollan en el conjunto del Estado con el apoyo de las CCAA. 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.

Características de este Plan Anual de Política de Empleo para 2022:

- En este PAPE 2022, se establecen dos tipos de objetivos: estratégicos y específicos, establecidos en el Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia establecidos Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024

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). Los Objetivos estratégicos son: 1) Enfoque centrado en las personas y en las empresas; 2) Coherencia con la transformación productiva; 3) Crear un Espacio Técnico Colaborativo de Conocimiento, Trabajo e Innovación de los Servicios Públicos de Empleo; 4) Mejora de las capacidades de los servicios públicos de empleo; 5) Gobernanza y cohesión del Sistema Nacional de Empleo.

-La finalidad última de la Estrategia es coordinar los esfuerzos que realizan los distintos agentes del Sistema Nacional de Empleo para mejorar su eficacia y eficiencia en la consecución de unos objetivos comunes para las políticas de activación.

-Se incardina dentro del conjunto de inversiones y reformas contenido en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que constituye la agenda de política económica del Gobierno de España para este año 2022 y los siguientes ejercicios.

-Se concretan los objetivos a alcanzar en este año en el conjunto de España y en cada una de las distintas comunidades autónomas. El Plan 2022 tiene carácter vertebrador en la gestión de las políticas de activación e incorpora un enfoque integrado de su planificación, ejecución y evaluación.

-Se consolidan los cambios introducidos en Planes anteriores con respecto a los indicadores, que han sido objeto de una notable simplificación, y que en este ejercicio continúan experimentando una mejora de la claridad y transparencia en el proceso de evaluación.

-Incorpora, dentro de su planteamiento general, un conjunto de medidas que, en el marco de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, responden a una serie de innovaciones legislativas que han condicionado su inclusión.

-Se incluyen también las referencias al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, así como el Plan garantía Juvenil 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes.

-Dentro del marco del Plan Estratégico de Juventud. Entre los objetivos del Plan 2022 cabe destacar:

* Por un lado, el desarrollo de políticas activas eficaces e innovadoras de empleo juvenil en territorio nacional, en combinación con otras áreas como la educación, la inclusión social, la participación juvenil, la economía circular, o la economía del conocimiento.

* Por otro, la promoción de políticas activas de empleo que favorezcan el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo desde una perspectiva de desarrollo sostenible y de búsqueda de la excelencia en la gestión de los servicios ofrecidos, con el objetivo de favorecer su integración socio-económica, así como su desarrollo personal y social.

1.5. Prevención de riesgos laborales

-Exposición a riegos cancerígenos. Real Decreto 395/2022, de 24 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo (BOE 25-5-2022)

El presente Real Decreto modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo, incorporando al cuadro que figura en el anexo III, sobre valores límite de exposición profesional.

Asimismo, se incorpora al derecho español la Directiva (UE) 2019/983 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo.

1.6. Discapacidad y dependencia

-Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación (BOE 01-04-2022)

Esta Ley modifica y adiciona diversos artículos al RD-Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

El objetivo fundamental de esta modificación es incorporar a la definición de accesibilidad universal la consideración de accesibilidad cognitiva, aclarando de forma explícita que la accesibilidad cognitiva se encuentra incluida en la accesibilidad universal, entendida como el elemento que va a permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas.

Todo ello lleva consigo la obligación de adoptar medidas específicas para garantizar las condiciones de accesibilidad y no discriminación en todos los ámbitos que la ley enumera, para lo cual se realizan diversas modificaciones en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Con esta ley se pretende dar respuesta a las recomendaciones que implica la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y a las observaciones finales realizadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, de 9 de abril de 2019, relativos al cumplimiento de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

-Resolución de 18 de mayo de 2022, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, relativo a las bases comunes generales sobre el Fondo para la lucha contra la privación material, incluido en el Fondo Social Europeo Plus y propuesta de distribución territorial. (BOE 08-06-2022)

El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia aprobó, en su reunión ordinaria de 7 de abril de 2022, el "Acuerdo relativo a las bases comunes generales sobre el Fondo para la lucha contra la privación material, incluido en el Fondo

Social Europeo Plus (FSE+) y propuesta de distribución territorial". Este Acuerdo se publica como Anexo.

Con el citado Fondo se trata de hacer frente a la privación material mediante alimentos y/o prestación de asistencia material básica a las personas más desfavorecidas, en particular a los menores, y establecer medidas de acompañamiento que apoyen su inclusión social.

Mediante este Acuerdo se trata de establecer un marco común en relación con los tipos de ayuda para hacer frente a la privación material mediante alimentos y/o prestación de asistencia material básica que, de acuerdo con la definición ofrecida por el artículo 2 del Reglamento FSE+, son los bienes destinados a satisfacer las necesidades básicas de una persona para que viva con dignidad como ropa, artículos para la higiene, incluidos los productos para la higiene femenina, o material escolar.

Se determinan los grupos de personas y familias en situación de privación material, destinatarios/as del Programa, si bien las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y de Melilla establecerán prioridades en el marco de sus competencias y de su situación social concreta. El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del SAAD determina la distribución territorial de este fondo, con los criterios que se establecen en este Acuerdo.

1.7. Normas de seguridad social (selección)

-Ingreso Mínimo Vital. Corrección de errores de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital (BOE 28-04-2022)

Se modifican ciertos errores puntuales, pero, sobre todo, se advierten modificaciones importantes en el Anexo I "Escala de incrementos para el cálculo de la renta garantizada según el tipo de unidad de convivencia para el ejercicio 2020", y en Anexo II "Escala de incrementos para el cálculo del límite de patrimonio aplicable según el tipo de unidad de convivencia" 9 -Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social.

-Violencia de género.- Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género (BOE-22-03-2022). Corrección de errores de la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género. (BOE 21-04-2022)

La Ley Orgánica 2/2022 incorpora cambios en los ámbitos procesal, fiscal y de Seguridad Social para "mejorar de la protección de las personas huérfanas como consecuencia de la violencia de género".

Por lo que se refiere a las cuestiones de Seguridad Social, se modifica la regulación de la prestación de orfandad y del incremento de la pensión de orfandad contenida en la LGSS. En concreto, se otorga nueva redacción a los arts. 216.3 y 224.2 LGSS (RGSS) y art. 10 Real Decreto Legislativo 670/1982, de 10 de abril, que regula el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas, para garantizar el acceso a un mayor número de personas huérfanas, sobre todo a aquellas que se encuentran en una situación de pobreza y mayor vulnerabilidad.

-Real Decreto 453/2022, de 14 de junio, por el que se regula la determinación del hecho causante y los efectos económicos de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y de la prestación económica de ingreso mínimo vital, y se modifican diversos reglamentos del sistema de la Seguridad Social que regulan distintos ámbitos de la gestión (BOE 15-06-2022)

El objeto de este real decreto es regular la determinación del hecho causante de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y de la prestación no contributiva de ingreso mínimo vital, así como sus efectos económicos.

1. Según la Exposición de Motivos, se considera necesario dar una nueva regulación a la determinación del hecho causante en relación con la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, con el fin de ampliar la protección otorgada y adecuarla a los cambios sociolaborales y a la evolución económica producida desde que se aprobó la normativa reguladora de esta institución, dispersa y en muchos casos rígida.

Como se sabe, el hecho causante de la pensión de jubilación se fija en la fecha en la que, por reunirse todos los requisitos exigidos, se causa derecho a la prestación, teniendo incidencia en el cálculo y en los efectos económicos de ésta. Esto determina que, en ocasiones, una misma persona tenga la posibilidad teórica de acceder a la jubilación en fechas diferentes y bajo distintas circunstancias, así como que la pensión que pudiera corresponderle en cada caso tenga un contenido y efectos no siempre coincidentes. De ahí la relevancia de la fecha que se tome como referente para fijar el hecho causante de la pensión, máxime si tenemos en cuenta que una vez reconocida no es posible causarla nuevamente, sin perjuicio de que, en determinados supuestos y como consecuencia de la realización de nuevos trabajos o actividades, sea factible volver a calcularla.

Con el fin de evitar las consecuencias negativas para los trabajadores que pueden derivarse de la fecha en que la normativa fija el hecho causante de la pensión de jubilación en ciertos supuestos, se ha considerado necesario establecer una regulación que flexibilice su determinación, reforzando además el carácter voluntario que ha de presidir el acceso a la pensión de jubilación así como la autonomía para decidir el momento y circunstancias de éste.

-Este real decreto será de aplicación a todos los regímenes del sistema de la Seguridad Social (art. 2).

-Queda expresamente excluida del ámbito de aplicación de este real decreto la jubilación parcial prevista en el artículo 215 y en la disposición transitoria cuarta.6 de la LGSS, que se regirá por su normativa específica.

-El art. 3 de este Real Decreto establece que la pensión de jubilación en su modalidad contributiva se entenderá causada en la fecha indicada a tal efecto por la persona interesada al formalizar la correspondiente solicitud, siempre que en la misma reúna los requisitos establecidos para ello (se posibilita así que sea el propio interesado el que indique la fecha en la cual, reunidas las condiciones para ello, debe fijarse aquel).

-Dicha fecha habrá de estar comprendida dentro de los tres meses anteriores o posteriores al día de presentación de la solicitud, o coincidir con este, salvo que se presente fuera del territorio español en virtud de una norma internacional, en cuyo caso la solicitud habrá de formularse en el plazo previsto en la legislación del país en el que se formule.

-La fecha indicada por la persona interesada será la que se tenga en cuenta a efectos de considerar la situación de alta, asimilada a la de alta o de no alta ni asimilada, y demás circunstancias de dicha persona, que servirán de base para determinar si tiene derecho a la pensión solicitada, así como, en su caso, el contenido de esta, sin perjuicio de la fecha en que deba surtir efectos económicos en cada caso.

-No obstante, se establecen una serie de especialidades cuando, de acuerdo con la voluntad de la persona solicitante, la pensión de jubilación se cause desde alguna de las situaciones concretas que se determinan en el apartado 2 del art. 3.

2. Asimismo, en este real decreto se establece expresamente la fecha en que ha de fijarse el hecho causante de la prestación económica de ingreso mínimo vital, de conformidad con lo previsto en Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, haciéndolo coincidir con la fecha de presentación de la solicitud.

3. Por otra parte, mediante las disposiciones finales de este real decreto se aborda la modificación de diversas normas reglamentarias que afectan a los distintos ámbitos de la gestión, tales como afiliación, cotización, recaudación, prestaciones, entidades colaboradoras, con la finalidad de mejorar dicha gestión y para adaptarse a las nuevas circunstancias y a los nuevos medios tecnológicos de que dispone.

-Real Decreto 504/2022, de 27 de junio, por el que se modifican el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, para actualizar su regulación respecto a los trabajadores por cuenta propia o autónomos (BOE 28-06-2022).

Con este RD 504/2022, de 27 de junio, se modifican el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RD 84/1996, 26 enero) y el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (RD 2064/1995, 22 diciembre), para actualizar su regulación respecto a los trabajadores por cuenta propia o autónomos con el objeto de facilitar el establecimiento de un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos, en función de los rendimientos obtenidos por su actividad económica o profesional.

Se hace uso para ello de la habilitación al Gobierno establecida en la Disp. Adic. 2ª del RD-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector.

Ese nuevo sistema de cotización viene avalado por las recomendaciones 4.ª y 5.ª del informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo (19 de noviembre de 2020), a efectos de reforzar la convergencia entre regímenes, la sostenibilidad financiera y la cobertura del sistema de la Seguridad Social, y el acuerdo con los agentes sociales para modernizar el sistema de pensiones firmado el 1 de julio de 2021. Asimismo, se da cumplimiento a lo previsto en el Acuerdo Operativo con la Comisión Europea, ya que se realizan los cambios normativos necesarios para implementar el nuevo sistema de cotización.

Mediante este real decreto se procede a realizar las adaptaciones normativas que permitirán ajustar más adecuadamente los procedimientos de afiliación y cotización a las condiciones de inclusión en la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, reforzando la información que ha de facilitar ese colectivo de trabajadores y permitiéndoles cambiar sus bases de cotización con mayor frecuencia dentro de cada año.

Las reformas efectuadas por este real decreto se enmarcan en la implantación gradual de un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos, en función de sus ingresos reales, prevista en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Además, se procede a adaptar la regulación de ambos textos reglamentarios al objeto de reforzar el carácter prioritario de la tramitación electrónica de los procedimientos de alta, baja y

variación de datos de trabajadores, en particular respecto a aquellos que ejercen su actividad por cuenta propia, así como para actualizarla en cuanto a las especialidades sobre cobertura y cotización respecto a determinadas contingencias, tanto en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos como en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, acomodándola así a la regulación legal actualmente vigente sobre esa materia.

-Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (BOE 1-7-2022)

Esta norma sigue la senda marcada por la Unión Europea de diferenciación entre la previsión social complementaria vinculada al ámbito empresarial y los productos de previsión social individuales que contratan los ahorradores por su propia iniciativa, con normas específicas para los distintos ámbitos: Directiva (UE) 2016/2341, de 14 de diciembre de 2016, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo, en el ámbito de la previsión social empresarial; y Reglamento (UE) 2019/1238, de 20 de junio de 2019, relativo a un producto paneuropeo de pensiones individuales, en el ámbito de la previsión individual.

Línea seguida por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, que supuso un primer paso en la diferenciación en el tratamiento fiscal de los instrumentos de previsión social empresarial (segundo pilar del sistema de pensiones) y los de previsión individual (tercer pilar), que se consolida ahora con la nueva regulación sustantiva de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública. La diferenciación en el tratamiento fiscal se mantiene en la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2022.

La necesidad de potenciar la previsión social complementaria de corte profesional (segundo pilar del sistema de pensiones), según la Exposición de Motivos de la Ley, se ha manifestado en varios planos:

1. Primero, por razones de eficacia en relación con los objetivos que se pretenden y por la estructura del mercado de planes de pensiones, con un menor desarrollo de los planes de pensiones de empleo respecto de los planes del sistema individual (representaban un 50 % del total de la previsión social complementaria al inicio de los años 90, mientras que ahora representan un porcentaje ligeramente superior al 25 %). Se pretende con esta Ley revertir esta tendencia y fomentar la potenciación de la previsión social complementaria de corte profesional a partir del desarrollo de los planes de pensiones de empleo, con un fuerte anclaje en la negociación colectiva sectorial, facilitando así el acceso a colectivos que, hasta ahora, encuentran dificultades para acceder a los mismos.

2. La Recomendación 16ª del Pacto de Toledo 2020 pone el foco en la necesidad de «dotar de estabilidad al actual modelo de previsión social complementaria» e «impulsar, de forma preferente, los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva, de empleo, que integran el denominado segundo pilar del modelo de pensiones» a los que se deberá dotar «de un régimen fiscal y jurídico adecuado y diferenciado», «sin cuestionar la centralidad del sistema público de pensiones basado en un régimen financiero de reparto».

3. El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en la reforma 5.ª del componente 30, recoge el compromiso de una «Revisión e impulso de los sistemas complementarios de pensiones», debiendo aprobarse (durante el segundo trimestre de 2022) un nuevo marco jurídico que impulse los planes de pensiones de empleo y contemple la promoción pública de fondos de pensiones, permitiendo dar cobertura a colectivos de trabajadores sin planes de pensiones de empleo en sus empresas o autónomos.

La Ley pretende reforzar la previsión social de carácter empresarial con la creación de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos y de los planes simplificados, que se podrán adscribir a estos fondos y que cuentan con un sistema menos complejo de promoción que el vigente. Se busca facilitar la generalización de los mismos a través de tres ámbitos:

- El impulso desde la negociación colectiva sectorial mediante la promoción de planes sectoriales que sirvan para encuadrar a los convenios territoriales o de empresa y que facilitan la adscripción de las empresas y de las personas trabajadoras empleadas en ellas.

- Una regulación específica para el sector público que busca la generalización de los planes de pensiones de empleo para empleados públicos, especialmente entre las entidades locales pequeñas y medianas, dentro de los límites que fijen las normas básicas sobre aumentos retributivos.

- El desarrollo de los planes específicos para trabajadores por cuenta propia o autónomos dentro de la previsión social empresarial, lo que permitirá encauzar de una forma mucho más efectiva el ahorro para la jubilación de este ámbito y podría suponer un menor gasto por comisiones a través de la contratación de planes de pensiones simplificados.

La reforma pretende, además, (según la Exp. de Motivos de la Ley) extender la población cubierta por planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para jubilación con financiación mixta de empresa y trabajadores, a través de la negociación colectiva de dimensión preferentemente sectorial; simplificar los trámites en la adscripción y gestión de los planes de pensiones usando especialmente la digitalización; diseñar mecanismos que favorezcan la movilidad de los trabajadores entre las diferentes empresas y sectores; diseñar un nuevo incentivo fiscal dirigido a impulsar este tipo de instrumentos colectivos, que beneficie especialmente el ahorro de las rentas medias y bajas e incorpore a los jóvenes de manera más eficaz; limitar los costes de gestión de los planes de empleo.

Asimismo, se pretende también un proceso de simplificación en las categorías de planes de pensiones existentes: con el objeto de potenciar la consolidación de los planes de pensiones se prevé un régimen de movilización de los planes de pensiones asociados (un tercer género que ha tenido un desarrollo muy modesto) a los planes de pensiones de empleo, en la medida en que se cumplan determinados requisitos referidos a las personas partícipes, o, en su defecto, a los planes de pensiones individuales. En todo caso, se prevé la posibilidad de que los planes de pensiones asociados mantengan su naturaleza si no optan por su incorporación a alguna de las otras dos categorías de planes de pensiones.

Para dar cobertura normativa a estos objetivos, se añaden dos nuevos capítulos al texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre:

-Capítulo XI, titulado «Fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos»

-Capítulo XII, titulado «Planes de pensiones de empleo simplificados».

1) Los fondos de pensiones de empleo de promoción pública serán de carácter abierto en relación con los procesos de inversión desarrollados y tendrán las siguientes características:

— Actuará como entidad promotora pública la Comisión Promotora y de Seguimiento como órgano colegiado conformado por miembros de la Administración General del Estado (con funciones sobre su constitución y disolución; directrices de la inversión común; seguimiento periódico sobre las actividades).

— Podrán integrarse en estos fondos los planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación que así lo establezcan en sus especificaciones y los planes de pensiones de empleo simplificados.

— Serán administrados por una entidad gestora con el concurso de una entidad depositaria y bajo la supervisión de una única Comisión de Control Especial para todos los fondos de pensiones de promoción pública abiertos. Esta Comisión estará formada por personas con reconocida experiencia, conocimiento, capacidad de supervisión y gestión y serán nombrados por la Comisión Promotora y de Seguimiento. Sus funciones serán las que el TRLPFP establece para la comisión de control de fondo de pensiones, con ciertas singularidades, siempre que resulten compatibles con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

— Los activos de los fondos de pensiones serán invertidos en interés exclusivo de las personas partícipes y beneficiarias tomando en cuenta la rentabilidad, el riesgo y el impacto social de las inversiones. Se establecerán para ello criterios comunes que valorarán los riesgos extrafinancieros y los criterios medioambientales, sociales y de buen gobierno corporativo alineados con los principios para la inversión responsable y las mejores prácticas de finanzas sostenibles reguladas por la Unión Europea.

— El proceso de selección de las entidades gestoras y depositarias se fundamentará en los principios de igualdad, transparencia y libre competencia con sujeción a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, a través de un procedimiento abierto. Se exigirán requisitos de solvencia y capacidad a dichas entidades para que se garantice una alta calidad en la gestión unida a unas comisiones reducidas, que especialmente beneficiarán a los autónomos.

— Para garantizar la operatividad entre gestoras y depositarias, la normalización y calidad de los procesos, la agilidad de las operaciones y la accesibilidad de la información a empresas, personas partícipes y beneficiarias se utilizará una plataforma digital común.

2) Respecto a los planes de pensiones de empleo simplificados, regulados en el nuevo capítulo XII, sus aspectos clave son:

— Pueden integrarse en un fondo de pensiones de empleo de promoción pública abierto o en un fondo de pensiones de empleo de promoción privada.

— Pueden promoverse por: las empresas incluidas en los acuerdos sectoriales vinculados a la negociación colectiva; las administraciones públicas y sociedades mercantiles públicas; asociaciones de trabajadores por cuenta propia o autónomos, sindicatos, colegios profesionales y mutualidades vinculadas a éstos; sociedades cooperativas o laborales, con acuerdos de los órganos sociales o de gobierno de dichas sociedades y sus organizaciones representativas.

— Se determina una delimitación específica de los planes de naturaleza sectorial.

— La promoción, formalización e integración de los planes simplificados se realizará de forma ágil mediante acuerdos en las mesas de negociación correspondientes o mediante acuerdos de las entidades promotoras de los planes de trabajadores por cuenta propia o autónomos.

— Las especificaciones serán comunes para todas las empresas o entidades integradas en el mismo plan simplificado.

— La constitución de la comisión de control del plan se realizará mediante procesos de designación directa.

La Ley prevé un proceso de adaptación de los planes de pensiones de empleo preexistentes, adaptando sus especificaciones para integrarse en la categoría de planes de pensiones de empleo simplificados regulados en el nuevo capítulo XII. Asimismo, está previsto un proceso de adaptación de los planes de pensiones asociados preexistentes (planes de pensiones del sistema asociado de trabajadores por cuenta propia o autónomos, promovidos por las asociaciones de trabajadores por cuenta propia o autónomos para sus asociados o por colegios profesionales), conforme al cual dispondrán de un periodo máximo de cinco años para transformarse en planes de pensiones de

empleo simplificados regulados en el nuevo capítulo XII de este Proyecto de Ley. El resto de planes de pensiones del sistema asociado preexistentes dispondrán igualmente de un plazo de cinco años para transformarse en un plan de pensiones individual.

Adicionalmente, se introducen en el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones modificaciones en los artículos 4, 5, 9 y 35 y disposiciones adicionales que regulan la adaptación de los planes de pensiones de empleo u otros instrumentos de previsión social empresarial preexistentes; los planes de pensiones en el ámbito de las Administraciones públicas; la aplicación en las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en materia de mutualidades no integradas en la Seguridad Social; y la evaluación de incentivos por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. También se contienen disposiciones transitorias sobre la adaptación de los planes asociados, sobre la movilización de derechos consolidados de los planes asociados y sobre la limitación temporal de movilización de la cuenta de posición de los planes de pensiones de empleo simplificados.

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

Libertad sindical

-STS 289/2022 31-03-2022 Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Libertad sindical: Crédito horario: la configuración de una Sección sindical mixta a nivel provincial -que aglutine laborales y funcionarios-, como la que ha configurado la parte demandante, puede perfectamente admitirse, como derecho del propio sindicato a organizarse en la forma que estime conveniente. Ahora bien, y sin olvidar que, a nivel provincial, no tiene presencia en él Comité y solo tiene un miembro en la Junta de Persona pero con una representación inferior al 10, ello no significa que el único Delegado Sindical que tiene designado pueda generar un derecho de crédito horario del art. 10 de la LOLS -que no deja de ser un derecho de prestación a cargo de un tercero, como refiere la STC 188/1995- cuando la designación de Delegado sindical no se corresponde con la situación del sindicato en ese nivel provincial

Negociación colectiva

-STS 328/2022 06-04-2022 Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Convenio colectivo: Ostenta legitimación activa para impugnar el convenio por lesividad la asociación empresarial que agrupa empresas de trabajo temporal (ETT) no incluidas en el ámbito de aplicación del convenio que aporta indicios de que la regulación convencional impugnada pudiera lesionar gravemente sus intereses a consecuencia de contener previsiones ilegales. Proceso de impugnación de convenio que está excluido de la necesidad de conciliación previa.

-STS 274/2022, 29-03-2022 Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Se desestiman los recursos de UGT y AGT Granada y se confirma la SAN que declara nulo el Convenio colectivo estatutario para Empresas de Transporte de Mercancías por Carretera de la provincia de Granada para 2018-2020, aunque sea válido como extraestatutario. AGT Granada impugnó el citado convenio porque, ostentando legitimación inicial había sido excluida de la Comisión negociadora formada por el banco empresarial por APETAGRAN y AGAT, y por la parte trabajadora por CCOO y UGT. En el ámbito del convenio existen 1.500 empresas que dan ocupación a 1.200 trabajadores. AGT Granada cuenta con 80 empresas que ocupan 327 trabajadores, mientras que las asociaciones demandadas agrupan un total de 59 empresas, sin que conste los trabajadores ocupados. La Sala Cuarta concluye que la comisión negociadora no incluyó a la Asociación demandante, que tenía legitimación inicial, y se integró por Asociaciones que no ostentaban la plena (arts. 87.3 y 88.2 ET). A ello no obsta la presunción de legitimidad de los

firmantes del convenio, porque se ha aplicado correctamente la inversión probatoria. Igual suerte desestimatoria corre el recurso de AGT Granada, porque la declaración de que la asociación demandante contaba con legitimación inicial no estaba incluida entre los pedimentos de la demanda y difícilmente podría ser objeto del proceso de impugnación del convenio. Tampoco cabe apreciar temeridad en las Asociaciones codemandadas.

-STS 288/2022 31-03- 2022 Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

En la demanda rectora de las actuaciones impugna la Asociación empresarial actora por ilegalidad y lesividad el último párrafo del art. 35 del convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de Coruña, en el que se excluye la suscripción de contrato eventual con trabajadores de ETT. La sentencia recurrida en casación declara la falta de legitimación de la actora para impugnar dicha norma por ilegalidad y desestima la acción de nulidad por lesividad. La sala IV, tras rechazar las alegaciones de defectuosa articulación del recurso, confirma la decisión de instancia relativa a la falta de legitimación de la recurrente por no acreditarse por no acreditar su condición de "interesada" en los términos exigidos por el art. 165.1.a de la LRJS y tratarse de una Asociación de ETT que no está incluida en el ámbito de aplicación del convenio impugnado. Sin embargo, en la sentencia anotada se estima la acción de impugnación de la norma por lesividad, admitiendo a estos efectos la legitimación activa, por considerar que la norma impugnada causa daño grave a la ETT, a las que se impide concertar contratos de puesta a disposición con empresas usuarias de limpieza cuando los trabajadores vayan a ser contratados eventualmente. Sin que a ello obste que la norma impugnada derive de la autonomía colectiva o porque la autoridad laboral no haya impugnado el convenio. Por todo ello, se estima parcialmente el recurso, declarando la nulidad de la norma impugnada.

Derecho de huelga

-STS 304/2022 05-04-2022 Ponente: ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

GRUPO KALISE MENORQUINA. Demanda empresarial interesando que las dos huelgas convocadas, en época estival y para presionar en la negociación de un nuevo convenio colectivo, sean declaradas ilegales y abusivas. Motivo 1º (Existencia de “huelga estratégica” encubierta): El recurso incurre en “petición de principio”, al presuponer que la huelga se ha convocado para toda la empresa y solo ha sido seguida por los “maquinistas”, como se pretendía. Ni el seguimiento ha sido ese, ni se ha acreditado el fraude en la convocatoria. Aplica doctrina y desestima el motivo. Motivo 2º (Carácter abusivo de la huelga, por daños desproporcionados): El recurso no acredita que la sentencia recurrida haya infringido precepto o doctrina alguna, pues forma parte de la esencia de la huelga perjudicar a la empresa. Aplica doctrina y desestima el motivo. FALLO: Desestimatorio, de acuerdo con Ministerio Fiscal.

Libre circulación de trabajadores

-STJUE 28-04-2022 , C-86/21, Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y Delia «Procedimiento prejudicial — Libre circulación de los trabajadores — Artículo 45 TFUE — Reglamento (UE) n.º 492/2011 — Artículo 7, apartado 2 — Igualdad de trato — Sistema nacional de reconocimiento de la carrera profesional de los profesionales sanitarios — No consideración de la experiencia profesional adquirida en los servicios de salud de otro Estado miembro — Obstáculo»

Condición más beneficiosa

-STS 271/2022 29-03-2022 Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Condición más beneficiosa: se confirma la nulidad de la medida adoptada unilateralmente por las empresas consistente en suprimir el uso de las 35 horas médicas del Convenio para reposo domiciliario sin parte de baja de los propios trabajadores y trabajadoras prescrito por el facultativo correspondiente mediante el oportuno justificante así como para atender a los hijos menores que se encuentren en edad de asistir a pediatra y a ascendientes mayores de sesenta y cinco años, en lo que afecta todas los centros de trabajo de las mismas excepto en la de Jaén. Se confirma el reconocimiento del derecho de todos los centros de trabajo de las demandadas excepto los destinados en la de Jaén, a disfrutar del uso de las 35 horas médicas del Convenio para los casos en que el facultativo correspondiente prescriba reposo domiciliario sin parte de baja al trabajador mediante el oportuno justificante, con todos los efectos inherentes a dicha declaración ya disfrutar del uso de las 35 horas médicas para atender a los hijos menores o a ascendientes mayores de sesenta y cinco años, previa asistencia al facultativo correspondiente que emita el correspondiente justificante recomendando reposo domiciliario.

-STS 278/2022 20-03-2022 Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Condición más beneficiosa. Inexistencia. Se deniega el derecho del personal adscrito al servicio de restauración y atención a bordo de los trenes a cobrar el 100% de los pluses de transporte y manutención contenidos en el convenio colectivo aplicable,

Grupo de empresas

-STS 246/2022 22-03-2022 Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Grupo de empresas: no concurre. Consta la existencia de un sistema de tesorería centralizada mediante un contrato de cash pooling; la naturaleza dominante de la empresa ABENGOA S.A; y los problemas económicos vinculados por los que atraviesa el grupo en su conjunto; las dificultades para acceder a fuentes de financiación convencionales, y su situación concursal. Reitera doctrina: STS11/07/2018, rec. 81/2017

Contratos temporales

-STJUE 07-04-2022 C-236/20 PG y Ministero della Giustizia, CSM — Consiglio Superiore della Magistratura, Presidenza del Consiglio dei Ministri,

«Procedimiento prejudicial — Política social — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada — Cláusulas 2 y 4 — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo a tiempo parcial — Cláusula 4 — Principio de no discriminación —Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Jueces de paz y jueces de carrera — Cláusula 5 — Medidas que tienen por objeto sancionar la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada — Directiva 2003/88/CE — Artículo 7 — Vacaciones anuales retribuidas»

-STJUE 05-05-2020 C-265/20, FN y Universiteit Antwerpen y otros

«Procedimiento prejudicial — Política social — Trabajo a tiempo parcial — Directiva 97/81/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo a tiempo parcial — Cláusula 4, apartado 1 — Principio de no discriminación — Personal académico a tiempo parcial — Nombramiento definitivo automático reservado a los miembros del personal académico que ejercen la docencia a tiempo completo — Cálculo del porcentaje de carga de trabajo a tiempo completo al que equivale una carga de trabajo a tiempo parcial — Inexistencia de requisitos»

Contrato fijo discontinuo

-STS 348/2022 19-04- 2022 Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

El debate suscitado se ciñe a dilucidar si el actor peón de limpieza tenía la condición de trabajador fijo discontinuo. La Sala IV, tras apreciar la existencia de contradicción, confirma la sentencia recurrida que reconoce al demandante dicha condición porque la contratación evidencia una necesidad estructural y constante de la empresa (LIPASAM) de mano de obra, declarando la improcedencia del despido. La demandada es una sociedad anónima municipal cuyo objeto social es la limpieza pública y la recogida de residuos, que suscribió cinco contratos eventuales por acumulación de tareas con el actor, durante las vacaciones de invierno y de verano de los años que se indican. No se ha probado que existiera una necesidad de trabajo, en principio, imprevisible y fuera de cualquier ciclo de reiteración regular. Por el contrario, se trataba de una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad, con la finalidad de atender el servicio de limpieza durante las vacaciones de los trabajadores fijos a jornada completa, por lo que la naturaleza de la relación laboral del demandante era indefinida no fija discontinua, con independencia de los acuerdos de empresa que regulaban la bolsa de trabajo. La falta de llamamiento para prestar servicios en vacaciones constituye un despido improcedente.

Empresas de Trabajo Temporal

-STJUE 17-03-2022 C-232/20, NP y Daimler AG, Mercedes-Benz Werk Berlin,

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2008/104/CE — Trabajo a través de empresas de trabajo temporal — Artículo 1, apartado 1 — Puesta a disposición “de manera temporal” — Concepto — Ocupación de un puesto que tenga carácter permanente — Artículo 5, apartado 5 — Cesiones sucesivas — Artículo 10 — Sanciones — Artículo 11 — Excepciones establecidas por los interlocutores sociales al período máximo previsto por el legislador nacional»

-STJUE 12-05-2022 C-426/20, GD, ES y Luso Temp — Empresa de Trabalho Temporário SA,

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2008/104/CE — Trabajo a través de empresas de trabajo temporal — Artículo 5, apartado 1 — Principio de igualdad de trato — Artículo 3, apartado 1, letra f) — Concepto de “condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal” — Compensación debida en concepto de los días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutados y de la paga extraordinaria de vacaciones correspondiente en caso de extinción de la relación laboral»

Tiempo de trabajo

-STS 299/2022 STS 299/2022 05-04-2022 Ponente: ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
SEGUROS ZURICH. Impugnación (por UGT) de Acuerdo sobre registro de jornada suscrito entre la empresa y la mayoría sindical (de CCOO), por su eventual colisión con el convenio colectivo de empresa. 1º) Incongruencia omisiva. La respuesta tácita a una de las dos causas de pedir aleja la vulneración de la tutela judicial. Aplica doctrina. 2º) Interpretación y valoración del Acuerdo colectivo impugnado. Aplica doctrina general. Desestimación del recurso frente a SAN 126/2019, de acuerdo con Ministerio Fiscal.

-STS 312/2022 06-04-2022 Ponente: IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

Garda Servicios de Seguridad, S.A., y Delta Seguridad, S.A.: escoltas y los llamados «días activables». Durante tales días, los escoltas, que deben estar disponibles por teléfono móvil, no tienen que estar en un lugar determinado por el empresario, pueden ocuparse de sus quehaceres cotidianos o familiares y no tienen un plazo de tiempo determinado para presentarse a realizar el servicio requerido. En estas condiciones, el periodo de disponibilidad sin efectiva prestación de servicios no es tiempo de trabajo porque no impide a la persona trabajadora el normal desarrollo de su vida personal y social. Aplica doctrina del TJUE y de las SSTS 485/2020, 18 de junio de 2020 (rec. 242/2018), y 1076/2020, 2 de diciembre de 2020 (rec. 28/2019).

-STS 313/2022 06-04-2022 Ponente: ROSA MARÍA VIROLÉS PIÑOL

UNISONO. Conflicto Colectivo. Se impugna la aplicación de una nueva herramienta obligatoria (CREATIO) para los empleados para solicitudes de cambio de turno, banda horaria, campaña, descansos, etc. Se alega vulneración de la normativa de protección de datos y del derecho al descanso de los trabajadores, que han de utilizar las pausas para ello, interesando se compute como tiempo de trabajo el que dedica la persona trabajadora a ello.

-STS 335/2022 08-04- 2022 Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

El debate radica en dilucidar si los trabajadores con jornada partida tienen derecho a percibir la ayuda alimentaria con independencia de que la salida por la tarde se produzca antes de las 16 horas. La empresa recurrente denuncia la prescripción y la vulneración del art. 27.3 del Convenio Colectivo del sector y la infracción del art. 14 de la Constitución y del art. 6.2 de la Ley Orgánica de igualdad de trato en relación con la discriminación por razón de sexo. La sala manifiesta que la mención en la demanda por primera vez a la norma interna y la invocación del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, no vulneran el art. 80.1.c) de la LRJS porque los hechos esenciales de la causa de pedir ya estaban recogidos en la solicitud de mediación. En cuanto a la prescripción la sala declara que las acciones reclamando la tutela de un derecho fundamental no están sujetas a un plazo específico de prescripción (o caducidad) sino que se aplican los plazos prescriptivos o de caducidad previstos para impugnar las acciones causantes de la lesión del derecho fundamental. La sala concluye que constituye un trato discriminatorio el impedir percibir la ayuda cuando disfrutan de la jornada reducida partida y salen antes de las 16 horas como cuando acceden al teletrabajo habiendo disfrutado previamente de dicha jornada; sin que la empresa haya justificado por qué la fijación de dicha hora para excluir la ayuda responde a una finalidad legítima ajena al móvil espurio.

Retribución del trabajo. Salario

-STS 272/2022 29-03-2022 Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Compensación y absorción: Compensación y absorción a efectos de la subida del SMI para 2019 con complemento salarial variable (de cantidad o calidad). En materia de absorción y compensación salarial los términos del artículo 27.1 ET deben prevalecer sobre los del RD 1462/2018, 21 diciembre, de SMI para 2019. Se trata de norma especial, asimismo prioritaria respecto de la genérica del artículo 26.5 ET.

-STS 295/2022 01-04-2022, Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

La Sala IV con estimación parcial de la demanda declara que el plus extrasalarial debatido no resulta compensable con el incremento del SMI para 2019, y en la que se postulaba que en el Convenio de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Alicante para 2019, por mor de la aplicación del Real Decreto 1462/2018, del SMI para el año 2019 no podrán compensarse los pluses percibidos por los trabajadores regulados en el art 26.3 ET.

Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE)

-STS 329/2022 06-04-2022 Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTÍN

Construcciones de las Conducciones del Sur (Cotronic). ERTE por causas productivas promovido al amparo del artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020, en el que la sentencia recurrida aprecia que la empresa incurrió en mala fe. La comisión negociadora estaba constituida por las secciones sindicales. No se puede considerar que el ERTE finalizara con acuerdo. Se confirma la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

-STS 162/2022 17-02-2022 Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTÍN

ANTAI Comercialización e Instalación de Materiales de Construcción (ANTAI): impugnación de la declaración de no constatación de fuerza mayor en el ERTE Covid-19 instado por la empresa en periodo parcialmente coincidente con el permiso retribuido recuperable establecido por el Real Decreto-ley 10/2020, 29 marzo (en la actualidad Ley 4/2021). El ERTE no se instó solo por el periodo coincidente con el mencionado permiso retribuido recuperable ni con fundamento en el RDL 10/2020.

En coincidencia con el Ministerio Fiscal, se desestima el recurso contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

-STS 164/2022 17-02-2022, Ponente: RICARDO BODAS MARTIN

ERTE: el conflicto colectivo es el procedimiento adecuado para resolver la impugnación de un ERTE por fuerza mayor, decidida por el empresario, tras constatarse la concurrencia de fuerza mayor por la Autoridad Laboral, cuya resolución no fue recurrida por los demandantes. No puede cuestionarse la concurrencia de fuera mayor en el procedimiento de conflicto colectivo.

-STS 165/2022 17-02-2022, Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

ERTE COVID 19: Impugnación de acto administrativo ERTE fuerza mayor: es preciso acreditar la conexión entre la pandemia COVID 19 y la pérdida de la actividad.

Sucesión de empresa. Subrogación

-STJUE 28-04-2022 , C- 237/20, Federatie Nederlandse Vakbeweging y Heiploeg Seafood International BV, Heitrans International BV,

«Procedimiento prejudicial — Directiva 2001/23/CE — Artículos 3 a 5 — Transmisiones de empresas — Mantenimiento de los derechos de los trabajadores — Excepciones —

-STS 257/2022 23-03-2022 Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Sucesión de empresas: inexistente: tras la reasunción del servicio de limpieza viaria por parte de un determinado ayuntamiento, éste no debe subrogarse con los trabajadores que, siendo trabajadores de la empresa contratista, estaban adscritos al servicio de limpieza revertido, en un supuesto en el que el ayuntamiento no ha recibido ningún elemento patrimonial ni se ha hecho cargo de ningún trabajador de la referida contrata.

-STS 259/2022 23-03-2022 Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA.

Sucesión de empresas: Sucesión de plantillas. Existencia. La prestación de los servicios de mantenimiento en la contrata precedente se veía efectuando por el demandante y otros tres trabajadores (por tanto, un total de cuatro operarios), de los cuales dos suscribieron un nuevo contrato de trabajo con SIMALGA (así el actor, que siguió realizando las mismas funciones que desempeñaba con anterioridad) y un tercer trabajador que firmó un acuerdo de conciliación judicial con la misma entidad entrante (SIMALGA). Desde ese plano personal, por tanto, se evidencia la relevancia del parámetro cuantitativo que subraya la sentencia recurrida: el 75% de la plantilla, al que se anuda el reconocimiento de la subrogación por dicha mercantil respecto de uno de aquellos trabajadores. Igualmente, el similar objeto y contenido esencial de una y otra contrata: servicio de mantenimiento de las instalaciones (sala de máquinas, piscinas, climatización y demás maquinaria) del Real Canoe Natación Club -las circunstancias atinentes a otras funciones de asesoramiento o informatización no han resultado precisadas-, y la falta de entidad de los medios materiales (aceites, grasas, trapos, estopa, cinta teflón, juntas de estanqueidad de cartón, pequeña tornillería, lámparas de pilotos, pequeños fusibles, cloro...) que la resolución detalla. Tales circunstancias determinaban la aplicación de nuestra doctrina acerca de la sucesión de plantilla, pues también aquí la mano de obra constituye un factor esencial, y no la infraestructura; la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activaba en consecuencia la aplicación del art. 44 ET.

-STS 269/2022 29-03-2022 Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Sucesión de empresas: La STJUE 11 julio 2018 (C-60/17, Somoza Hermo), y la posterior jurisprudencia de esta Sala Cuarta, pueden aplicarse a un supuesto de despido que tuvo lugar en fechas anteriores a aquella STJUE como consecuencia de la reducción de una contrata y de su repercusión en la obligación de subrogación convencionalmente establecida.

-STS 286/2022 30-03- 2022 Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

En una sucesión de contratas del servicio de portero-recepcionista en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, producida con anterioridad a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, la empresa saliente es un centro especial de empleo y la entrante es una empresa multiservicios sin convenio colectivo propio. La empresa entrante no se subrogó en las relaciones laborales de los trabajadores que la saliente destinaba a la prestación de dichos servicios y se trata de determinar la empresa responsable del despido improcedente de los mismos. La Sala recuerda la jurisprudencia sobre las sucesiones de contratas en las que están implicados centros especiales de empleo y empresas que no lo son, así como la relativa al convenio aplicable en empresas

multiservicios en función de las actividades contratadas con la principal. En el caso enjuiciado la empresa entrante es una empresa multiservicios sin convenio colectivo propio, el servicio contratado es el de porteríarecepción, por tanto su objeto no se corresponde con actividades correspondientes a convenios sectoriales que contienen clausulas subrogatorias, que no resultan aplicables; tampoco el XIV Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, porque la empresa entrante no es un centro especial de empleo y tampoco puede declararse la existencia de sucesión legal, por no haberse transmitido una unidad productiva autónoma. En consecuencia, la empresa responsable es la saliente.

Despidos colectivos

-STS 345/2022 19-04- 2022 Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

DESPIDO COLECTIVO: el cómputo del número de extinciones de contratos. Periodos de 90 días. Anteriores y posteriores al despido del actor. Si no se solapan entre sí, ni forman parte de una unidad temporal indiferenciada por enlace con otros periodos de 90 días, no se computan a efectos de calificar el despido del actor nulo por superar los umbrales establecidos en el art. 51 del ET, y no haber seguido la empresa los trámites del despido colectivo. Reitera doctrina STS 21/07/2021.

-STS 358/2022 20-04- 2022 Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

DESPIDO COLECTIVO (COVID-19): la Sala IV interpretando el art. 22 del RDL. 8/2020, señala que no es de aplicación el art. 2 del RDL 9/2020 si la causa que sustenta la decisión del despido colectivo no tiene por causa directa la pérdida de actividad por consecuencia del COVID-19. En el presente supuesto, la empresa contratista Airbnb comunicó a la demandada la resolución del contrato de prestación de servicios mercantiles que a ambas vinculaba y la demandada a la vista de ello, decidió acudir a la vía que ofrece el despido colectivo fundando su decisión en la concurrencia de causas objetivas organizativas y productivas derivadas de la rescisión de la contrata. Se confirma la sentencia recurrida.

-STS 463/2022 19-05- 2022 Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Despido colectivo de hecho. Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS), ILUNION y RICOH. Sentencia de instancia: estima y declara nulidad (readmisión como personal indefinido no fijo) por dos razones. 1ª) Ha existido cesión ilegal y quienes demandan optan por integrarse en la empleadora cesionaria (la AEMPS). 2ª) Ha existido subrogación legal como consecuencia de que se prosigue la actividad empresarial con la relevante infraestructura puesta en marcha. Recurso de casación formalizado por la AEMPS (un solo motivo) que combate únicamente la cesión ilegal. Imposibilidad de revocar la sentencia recurrida cuando posee dos causas autónomas para estimar la demanda y solo se combate una de ellas. Cesión ilegal: examen del motivo del recurso, pese a su inhabilidad para revocar el fallo. Aplicación de la doctrina de la Sala. Desestimación del recurso, oído el Ministerio Fiscal.

Despido objetivo

-STS 247/2002 22-03-2002 Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Despido objetivo: el cierre de la oficina bancarias en que presta servicios la trabajadora, limpiadora al servicio de la empresa contratista que tiene asumida la tarea de adecentar el local constituye causa bastante como para justificar su despido por causas objetivas, sin que haya deber de recolocación.

-STS 253/2022 23-03-2022 Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Despido objetivo: pérdida de contrata e inexistencia de un deber de recolocar. no concurriendo circunstancias de análoga índole, ni constando siquiera que hubiera vacantes adecuadas, hemos reiterado que la pérdida de uno de los clientes supone un descenso o alteración de las necesidades de la empresa, al que cabe hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende Reitera doctrina: STS/4a de 12 diciembre 2008 - RCUD 4555/2007-, 16 septiembre 2009 -RCUD. 2027/2008-, 26 abril 2013 - RCUD 2396/2012-, y 30 junio 2015 - RCUD. 2769/2014-).

-STS 270/2022 29-03-2022 Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Despido objetivo: Despido por absentismo: despido objetivo por absentismo regulado en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) vulneraba los tratados internacionales. El citado precepto fue derogado por el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero. La sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 17 de enero de 2020, recurso 5532/2019, consideró que sí los vulneraba y declaró la improcedencia del despido de la actora. - Debemos descartar que el precepto legal cuestionado resulte contrario al art. 35.1 CE, pues si bien es cierto que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la estabilidad en el empleo, lo ha hecho con una finalidad legítima -evitar el incremento indebido de los costes que para las empresas suponen las ausencias al trabajo-, que encuentra fundamento constitucional en la libertad [...] de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)." - Debemos concluir que el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 4 del Convenio 158 de la OIT, que permite la extinción del contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, lo que incluye la defensa de la productividad. - Los arts. 4 y 5 del Convenio 155 de la OIT no establecen un nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores distinto al que resulta de aquellos preceptos constitucionales, por lo que esta sala, por un elemental principio de seguridad jurídica, debe concluir, en el mismo sentido que la referida sentencia del TC no 118/2019, que la regulación del art. 52.d) del ET respondía a la finalidad legítima consistente en evitar el incremento de los costes empresariales, con fundamento en la libertad de empresa, sin que se haya probado que efectivamente fuera contradictorio con los arts. 4 y 5 del Convenio 155 de la OIT, que imponen una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores. No se ha acreditado que la posibilidad legal de despedir a los trabajadores con una indemnización extintiva inferior a la prevista para el caso de despido improcedente, efectivamente causara a los trabajadores un perjuicio real y efectivo en su seguridad y salud. - La Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el día 29 de abril de 1980, vigente en la fecha del despido, se limitaba a reconocer, en su art. 3, el compromiso de las partes contratantes de promulgar reglamentos de seguridad e higiene; tomar las medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos; y consultar, cuando proceda, a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene en el trabajo. El art. 52.d) del ET no era contrario a ese precepto. - La Carta Social Europea no establece un derecho a la seguridad e higiene en el trabajo con un contenido distinto del derecho a la protección de la salud del art. 43.1 de la CE en relación con el derecho de los trabajadores a la seguridad e higiene en el trabajo del art. 40.2 de la CE. Por ello, este tribunal debe concluir, de conformidad con la mencionada sentencia del TC 118/2019, que no contradecía el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo previsto en la Carta Social Europea el despido regulado en el art. 52.d) del ET, que excluía del cómputo del absentismo las faltas de asistencias debidas a accidentes de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, enfermedades o accidentes no laborales cuando la baja tenía una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género o cuando se tratase del tratamiento médico de cáncer o

enfermedad grave. - La sala no puede contradecir dicho pronunciamiento del TC, so pena de causar un grave perjuicio a la seguridad jurídica. Los argumentos del citado voto particular, que hace suyos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, no fueron asumidos por el Pleno del TC, lo que obliga al TS a concluir que el objetivo legítimo que perseguía el despido por absentismo del art. 52.d) del ET de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, con fundamento en la libertad de empresa del art. 38 de la CE, no vulnera los derechos fundamentales regulados en la Carta Magna, que incluyen el derecho a no ser discriminado por razón del sexo.

-STS 292/2022 31-03-2022 Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Despido objetivo: corresponde a la persona trabajadora la carga de la prueba de la existencia o no de representación legal de los trabajadores en la empresa, a efectos del cumplimiento del requisito exigido en la extinción del contrato por causas económicas, técnicas, objetivas o de producción -artículo 52 c) ET-, consistente en dar traslado de copia de la comunicación escrita a dicha representación -artículo 53.1 c) ET.

-STS 345/2022 19-04-2022 Ponente: JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE

Despido objetivo. 1) Aportación de un informe de la Inspección de Trabajo después del juicio oral. Falta de contradicción. 2) Cómputo de los umbrales del despido colectivo en aplicación de la cláusula antifraude del último párrafo del art. 51.1 ET. Los periodos de 90 días pueden ser anteriores o posteriores al despido individual. Aplica a tal efecto STJUE 11/11/2020, asunto C-300/2019. Pero han de ser en todo caso periodos sucesivos. El cómputo no puede remontarse a la fecha del primero de los despidos individuales realizados por la empresa al amparo del art. 52. c) ET, cuando eso supone la inclusión de periodos de 90 días en los que no se ha producido despido alguno. Reitera doctrina STS de 21/7/2021, recurso 2128/2018.

Despido disciplinario

-STS nº494/2022 Social 31/05/2022

DESPIDO DISCIPLINARIO. OFENSAS VERBALES Y FÍSICAS FUERA DEL TRABAJO. COMIDA DE EMPRESA. Se establece que el trabajador que se encuentra fuera del lugar y horario de trabajo puede cometer actos que serían sancionables si transgrede la buena fe contractual para causar un perjuicio a la empresa, si con ello incurre en comportamientos que tengan algún tipo de relevancia y vinculación con la actividad laboral. Las graves ofensas proferidas por el trabajador a sus compañeros, de palabra y físicas, condicionaron irremediablemente las relaciones laborales entre ellos y también comportaron un deterioro para la imagen de la entidad empresarial, trascendiendo las relaciones privadas, por lo que no puede enervarse la sanción disciplinaria de despido y su calificación de procedente.

-STS 309/2022 06-04-202 Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Despido disciplinario: es procedente el despido disciplinario efectuado por la recurrente en un supuesto en el que se alega para el despido competencia desleal por el mantenimiento sostenido de diversas actividades de captación de publicidad y patrocinio para una empresa, creada por un compañero, superior jerárquico del actor, y la esposa de aquél, para dedicarse a las mismas actividades que la demandada, teniendo en cuenta que la conducta reprochada se realizó, al menos parcialmente, con medios de la empleadora y durante el tiempo de trabajo.

Despido improcedente

-STS 293/2022 31-03-2022 Ponente: RICARDO BODAS MARTIN

Procede la condena solidaria por despido improcedente de una sociedad mercantil pública, prestadora de un servicio de tal naturaleza, en aplicación de los efectos positivos de la cosa juzgada, puesto que dicha mercantil fue condenada solidariamente a las consecuencias de la nulidad de un despido precedente, efectuado formalmente por la concesionaria del servicio, al considerar el tribunal de suplicación, que se había producido una reversión del servicio por parte de la empresa pública, teniéndose presente que, producida regularmente la readmisión de la empresa concesionaria, procede a despedir por causas objetivas al trabajador el mismo día, declarándose la improcedencia del segundo despido.

Salarios de tramitación

-STS 262/2022 24-03-2022 Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Salarios de tramitación: en la reclamación de salarios de tramitación al Estado, no ha de excluirse del cómputo que excede de los 90 días el tiempo de suspensión de las actuaciones por el planteamiento de una cuestión inconstitucionalidad. El planteamiento de una cuestión de constitucionalidad es una decisión del órgano judicial, de manera que la dilación o la demora que ello pueda suponer no es atribuible las partes, al contrario de lo que sucede con la suspensión del juicio a petición de parte o el tiempo invertido en la subsanación de la demanda, que sí son atribuibles a las partes. De ahí que en estos últimos casos el Estado no deba responder, pero sí debe hacerlo en el supuesto del planteamiento de una cuestión de constitucionalidad.

Aspectos procesales

-STS 244/2022 22-03-2022 Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

Competencia judicial internacional. Competencia de los tribunales españoles para el enjuiciamiento del litigio objeto de demanda: extinción laboral del actor que previamente fue empleado de una empresa española, y luego suscribió contrato de trabajo en EEUU con una empresa de idéntica nacionalidad, prestando servicios en el citado país.

-STS 245/2022 22-03-2022 Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

Jurisdicción: los Tribunales del Orden Social de la Jurisdicción carecen de competencia para resolver asuntos en los que funcionarios interinos de la Administración pública verifican peticiones de fijeza laboral fundadas en la supuesta irregularidad de su nombramiento Reitera doctrina. STS IV (SG) de 20.10.1998, RCUD 3321/1997, STS IV 8.07.2003, RCUD 4531/2002

-STS 306/2022 05-04-2022 Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Recurso de suplicación: no tiene acceso a suplicación el recurso que denuncia la vulneración de la tutela judicial efectiva por aplicación indebida de la ficta confessio. Todas las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social son recurribles en suplicación al amparo del art. 191.3.d) de la LRJS cuando la parte recurrente denuncia infracciones procedimentales que afectan a la estructura de la sentencia, como la falta de motivación. Pero no es admisible el recurso de suplicación contra una sentencia que, por razón de la materia y de la cuantía litigiosa no es recurrible, cuando se denuncia la infracción de una norma procesal relativa al enjuiciamiento del fondo del asunto. No se trata de un motivo de suplicación amparado en el art. 191.3.d) de la LRJS. Y tampoco es admisible que la mera alegación ex novo en el recurso de suplicación de la vulneración de un derecho fundamental determine que la sentencia sea recurrible, porque el acceso a

suplicación exige que en la instancia se alegue la infracción de derechos fundamentales por la parte demandada.

-STS 123/2022 08-02-2022 Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Conflicto colectivo: un conflicto que a afecta a un centro de trabajo no suspende la tramitación de un conflicto que afecta a toda la empresa la suspensión del procedimiento laboral por conectividad con otro proceso anterior, solo es posible cuando la cuestión que haya de resolverse en el segundo de ello constituya el objeto principal del primer proceso, o concurran los requisitos que producen los efectos jurídicos derivados de la existencia de cosa juzgada de las sentencias que resuelven un conflicto colectivo.

3. Novedades Bibliográficas

3.1. Relaciones de Trabajo

-Augusto Mafud, F.: Derechos de explotación de las obras creadas en relaciones laborales. Derecho comparado, Tirant lo blanch, 2022,136 págs.

-Fotinopoulou Basurko, O., Carril Vázquez, X.M. (Dirs.): La Directiva 2017/159 de Consejo sobre condiciones de trabajo en la pesca ¿Un primer paso hacia una codificación del acervo social de la Unión Europea en el sector marítimo pesquero?, Atelier,2022, 280 págs.

-Martín Pozuelo, A.: El teletrabajo transnacional en la Unión Europea, competencia internacional y ley aplicable, Tirant lo Blanch, núm. 2723, 2022, 299 págs.

-Rivas Vallejo, P. (Dir.): Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención, Aranzadi, 2022, 640 págs.

-Rodríguez Pastor: Tiempo de trabajo, descansos y permisos retribuidos. Actualizado a la última jurisprudencia del TJUE y del TS y a la doctrina judicial de los TSJ, CISS, 2022, 296 págs.

-Sagardoy de Simón. I: Igualdad retributiva, planes de igualdad y registro salarial, Dykinson, S.L, 2022, 192 págs.

-Serrano García, J.M.: La protección jurídica de las personas trabajadoras, Bomarzo, 2022, 96 págs.

-Tormos Pérez, J.A.: Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, Tirant lo Blanch, 2022, 567 págs.

3.2. Derechos Colectivos

-Álvarez Cortés, J.C.; Calvo Gallego, F.J; Morales Ortega, J.M.: *La negociación colectiva en el sector de la construcción*, MTES, 2022, 907 págs

-Merino Segovia, A.: *Marco jurídico de la negociación colectiva* (edición actualizada a 2022), Bomarzo, 2022, 254 págs.

-Ferreiro Regueiro, C.; Villalba Sánchez, A.: *Nuevos estudios sobre la negociación colectiva*, Aranzadi, 2022, 768 págs.

-VVAA: Observatorio de la Negociación colectiva. Política de empleo, trabajo a distancia y derechos digitales, Laborum, 2022, 524 págs.

-VVAA: *Teletrabajo y negociación colectiva*, XXXIII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva, MTES, 2022, 183 págs

3.3. Empleo Público

-Alfonso Mellado, C.L y Roqueta Buj, R.: *El acceso al empleo público*, Bomarzo, 2022

-Sala Franco, T.: *El personal laboral en el empleo público*, Tirant lo blanch, 2022, 130 págs.

3.4. Prevención de Riesgos Laborales

-González Cobaleda, E.: La evolución de los riesgos psicosociales en el mundo laboral actual, digital, ecológico e inclusivo desafíos jurídicos y de operatividad práctica, Comares, 2022, 279 págs.

3.5. Proceso Laboral

-Nores Torres, L. E.: *La prueba "internacional" en el proceso laboral*, Ed. Trinat lo Blanch, núm.277, 2002.

3.6. "Reforma Laboral 2021"

-Ballester Pastor, Mª. A.: *La Reforma Laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Tirant lo blanch, 2022, 179 págs.

-García Viña, J.: La nueva regulación laboral. Comentarios a la Reforma Laboral 2021-2022

-Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S., Rodríguez Inisesta, G. F. (Dirs.), Ortiz Castillo, F. (Coord.): *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022, 360 págs.

-Ortega Figueirla, E.: *La nueva reforma de 2021*, Ed. Ciss, 2022, 240 págs.

-Roqueta Buj, R.: *La reforma de la contratación temporal en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, 2022, 125 págs.

-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, 208 págs.

3.7. Obras generales y otras

-Calvo Gallego, F.J. (Dir.): Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral, Laborm, 2022

-Díaz de Terán Velasco, M.C, Olza I., Sánchez Herrero, N.: Formación en igualdad: un enfoque desde la ley 3/2007, 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, Aranzadi, 2022, 110 págs.

-Fernández Collados, M. B. (Dir. y coord.): Aspectos claves para la igualdad en las relaciones laborales del siglo XXI desde una perspectiva multidisciplinar. Aranzadi Thomson Reuters, 2022, 250 págs.

-Fotinopoulou Basuko, O., Magallón Elósegui, N. (Dirs.): Derecho transnacional del trabajo, derechos humanos y multinacionales: Una mirada interdisciplinar, Atelier, 2022, 497 págs.

-López Cumbre, L./ Revuelta García, M.: Efectos laborales, sindicales y de Seguridad Social de la digitalización, Aranzadi, 2002, 464 págs.

-Lousada Arochena, J.F. (Coord.): *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, 2022, 362 págs.

-Monereo Pérez, J.L. (Dir): Trabajo y Seguridad Social de la juventud "I Jornadas ITSS/AESSS. Actualizado con las últimas reformas legislativas en materia laboral y de seguridad social", Laborum, 2022, 304 págs.

-Morales Ortega, J.M.: Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral, Laborum, 2022, 422 págs.

-Rodríguez-Arana, J.: Proyecto de carta de los derechos sociales fundamentales de los ciudadanos iberoamericanos, Tirant lo blanch, 2022, 38 págs.

-Selma Penalva, A.: Lo que no se dice sobre la igualdad de género, Brecha de género: realidades y propuestas, Aranzadi, 2022, 320 págs.

-Selma Penalva, A.: El impacto de género en una sociedad cambiante: una visión multidisciplinar, 448 págs.

-Torres Corona, Teresa; Moreno Gené, Josep y Belzunegui Eraso (Coords.): *3RD SBRLAB International virtual conference. Managing the future. Changes and proposals for post-pandemic society*. Editorial Universitat Rovira i Virgili, 2021, 483 págs.

4. RECENSIÓN

"LA INCLUSIÓN DE LOS MIGRANTES EN LA UNIÓN EUROPEA Y ESPAÑA: ESTUDIOS DE SUS DERECHOS", por VV.AA., José María Porras Ramírez (Director) y María Dolores Requena De Torre (Coordinadora). Navarra, Editorial Thomson Reuters- Aranzadi, 2021, páginas: 521.

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-1248-6015

El fenómeno de la inmigración se trata, a día de hoy, de una realidad muy compleja que se sitúa cada vez más, en el centro neurálgico de la acción política y jurídica a desarrollar por parte de todos los Estados. El modo de afrontarla y gestionarla resulta de difícil aplicación en el marco de una sociedad globalizada. Y es que, actualmente no existe una infraestructura institucional y jurídica

adecuada a nivel internacional, que otorgue una respuesta uniforme al conjunto de interrogantes que se plantean dentro de los sistemas normativos de los diferentes países.

Los constantes movimientos migratorios (de salida, retorno o ambos conjuntamente), que sufren las naciones occidentales mayoritariamente, han motivado el establecimiento de una serie de mecanismos de control (unos más fuertes que otros) con la intención de salvaguardar sus mercados de trabajo. En este sentido, algunos Estados se han visto verdaderamente desbordados en los últimos años, principalmente a causa de una entrada masiva de personas en busca de posibilidades vitales, que a duras penas encontraban en sus países de origen. Ya sea debido a razones geográficas, políticas, económicas o incluso sociales, una inmensa cantidad de personas han saturado las costas mediterráneas de la Unión Europea. Esta situación, en ocasiones, ha hecho tambalear las bases fundamentales de algunos marcos legislativos nacionales. Y todo ello con motivo de una serie de reformas jurídicas que olvidan la garantía última de los derechos universales de todas las personas, con independencia de su nacionalidad.

La prestigiosa editorial Thomson Reuters. Aranzadi publica a finales de 2021 un interesante en donde se aborda, desde una visión multidisciplinar y transversal, toda la problemática del fenómeno migratorio, sino lo que es mejor, lo hace teniendo en cuenta la incidencia que sobre esta materia ha desplegado la actual crisis económica originada por la pandemia del Covid-19. Una monografía de esta talla no podía dejar de contar con profesionales de reconocido prestigio, como lo son sus directores y coordinadores: José María Porras Ramírez (Dirección) y María Dolores Requena De Torre (Coordinación). Todos ellos firmemente comprometidos con una tarea investigadora que desnuda las bases mismas de los procesos migratorios actuales. Como autores, se presenta un selecto conjunto de profesionales provenientes de las diferentes ramas jurídicas y cuya puesta en común permite al lector adquirir un inestimable conocimiento acerca de la temática expuesta, fundamentado en un agudo enfoque heterogéneo. Y es que la controvertida cuestión de la inmigración se comprende mejor cuando se confronta desde diferentes perspectivas de análisis.

Abre esta edición un prólogo a cargo de la dirección, en donde se analizan de manera general las intenciones tenidas en cuenta para su elaboración, haciendo hincapié en la relevancia que supone la materia escogida en el momento presente. A continuación, se presentan catorce capítulos en donde se detallan cada uno de los aspectos más controvertidos que afectan a esta materia, a saber: "Capítulo 1. La estrategia común europea para la integración e inclusión de los migrantes y de los ciudadanos de origen migrante (autor: José María Porras Ramírez), Capítulo 2. Ciudadanía y migración (autor: Benito Aláez Corral), Capítulo 3. De la dignidad a las medidas antidiscriminatorias: reflexiones sobre los derechos de los migrantes (autor: Francisco Javier Díaz Revorio), Capítulo 4. Migración y gestión del pluralismo religioso (autora: María José Roca Fernández), Capítulo 5. El derecho a la educación de los migrantes (autor: Carlos Vidal Prado), Capítulo 6. Políticas de inmigración y mercado de trabajo (autor: José Luis Monereo Pérez), Capítulo 7. La inclusión de la mujer migrante (autora: María Luz Martínez Alarcón), Capítulo 8. El derecho a la vida familiar y la tutela preferente de la niñez migrante en la Unión Europea (autora: Valentina Faggiani), Capítulo 9. La tutela judicial efectiva en los procedimientos migratorios (autora: María Dolores Requena De Torre), Capítulo 10. El derecho a la libertad de circulación y residencia de los migrantes (autor: Juan Ruiz Ramos), Capítulo 11. El derecho a la vivienda de los migrantes (autor: Augusto Aguilar Calahorro), Capítulo 12. El derecho a la salud de los migrantes (autora: Amalia Balaguer Pérez), Capítulo 13. Immigrazione irregolare e diritti fondamentali nella lente di strasburgo (autor: Filippo Scuto) y Capítulo 14. Derecho penal y migración (autora: Elena Marín De Espinosa Ceballos)".

En definitiva, nos encontramos ante una extraordinaria obra de carácter científico, que cubre perfecta y detalladamente la maraña político-social que encierra el fenómeno de la inmigración, al hilo de la devastadora crisis económica vigente. No sólo eso, sino que el hecho de que este estudio sea producto del trabajo de un impresionante equipo interdisciplinar, que combina soberbiamente diferentes campos del saber jurídico y social, termina haciendo de este ejemplar un instrumento muy

valioso para la adquisición de amplios conocimientos de la materia. Lo que, a su vez, le facilita al lector la emisión de un fundado juicio crítico. El viaje a "*La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos*" no defraudará, sin lugar a duda, a los interesados en el devenir de una Europa sujeta a constantes flujos migratorios. Erigiéndose así, una magnifica guía de necesaria y obligada consulta tanto para el ámbito académico como profesional.

"LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN EL DERECHO DEL TRABAJO", por José Luis Monereo Pérez y Pompeyo Gabriel Ortega Lozano. Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2021, páginas: 661.

DIEGO VELASCO FERNÁNDEZ
Profesor interino
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0003-3852-6115

La respuesta que viene dando el sistema jurídico español a la regulación de los grupos de empresas es insuficiente. Una normativa dispersa, desorganizada y que, en suma, no tiene un método teórico-jurídico que incardine y resuelva esta problemática en el sistema del derecho laboral español. A pesar de haber dado una definición, no hay un régimen jurídico que establezca unas reglas precisas que ayuden a resolver los conflictos que puede generar esta práctica empresarial, que se fundamenta en la libertad de empresa y en la flexibilidad, pero que puede ocasionar la inseguridad jurídica para las partes propia de una materia que tiene una regulación "débil".

Con esta premisa, en la editorial Aranzadi, se publicó en 2021 este trabajo titulado *"Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo"*, obra conjunta de José Luis Monereo Pérez y Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, profesionales de reconocido prestigio con una dilatada experiencia en investigación y docencia en la Universidad de Granada.

Esta obra aborda la problemática de los grupos de empresa buscando el método más adecuado para elaborar un concepto "jurídico" de la realidad de los grupos de empresas. Consiste, en una descripción doctrinal de qué son los grupos de empresa y su realidad social en el Derecho del Trabajo español, que, no obstante, no olvida la importante contribución que ya hay al respecto por la jurisprudencia. Con esto, se busca clarificar la concepción y la realidad de este fenómeno económico y como afecta al mundo del Derecho Laboral.

Esta monografía se compone de diecisiete capítulos organizados en tres partes, con un capítulo autónomo al principio (capítulo I) que versa sobre "Las nuevas formas de organización de la empresa: centralización, descentralización y la empresa en transformación permanente" en el que se aborda el tema de forma introductoria y se plantea la realidad empresarial como entidad fluctuante en el complejo sistema económico actual, que para adaptarse y desarrollarse concibe nuevas prácticas empresariales como son la descentralización, fundamentadas en la libertad organizativa.

La primera parte de la obra, titulada "Por una teoría jurídica de los grupos de empresa" comprende los capítulos II a XII. En ellos se desarrolla la compleja tarea de elaborar una teoría de los grupos de empresa. Se parte de la regulación y la identificación del modelo existente, para entrar en seguida en las dificultades de la teoría jurídica de la empresa como es el de la "juridificación" y normalización de los grupos de empresa. Es el arduo proceso de conceptualización de empresa y su distinción entre entidad individual o como entidad parte de una organización grupuscular. Para ello, en el capítulo IV ahonda en la necesaria aproximación de la figura del empresario, el concepto laboral de "empresa", "centro de trabajo", y "unidad productiva autónoma" discerniendo sobre las confusiones que se pueden generar entre los mismos. Cerrando esta problemática con la también relevante conceptualización de la empresa en el Derecho social comunitario, revisando las Directivas reguladoras de la materia. A continuación, entre los capítulos V y VII se tratan los grupos

de empresas desde las teorías económicas, políticas y sociológicas de organización y sistemáticas, matizando las influencias y aportaciones que pueden hacer para la construcción del método que ayude a elaborar una teoría jurídica de los grupos de empresa, materia que es desarrollada en el capítulo VIII. En el capítulo IX se presenta la regulación normativa de los grupos de empresas en el derecho comparado, estudiando la situación en países como Alemania, Brasil y Portugal, de los que se pueden extraer regulaciones interesantes y parcialmente extrapolables a España. Acto seguido, los capítulos X y XI versan sobre la cuestión de la representación y participación de los representantes de los trabajadores en los grupos de empresa, uno desde el punto de vista nacional y otro desarrollando la regulación de los comités de empresa europeos, los derechos de información de los trabajadores y cómo se regulan los grupos de empresa de dimensión comunitaria. Finalmente, esta primera parte de la obra se cierra con el capítulo XII que trata sobre la relevante práctica de la subcontratación como herramienta de las empresas para tejer el entramado empresarial de su grupo. Una materia en la que es necesario separar la práctica lícita de la fraudulenta, así como estudiar la casuística de la subcontratación en las empresas vinculadas.

La parte segunda de la obra, denominada "Una visión de los grupos de empresas desde la perspectiva de los tribunales" abarca desde los capítulos XIII a XVII que discurren sobre la conceptualización que han hecho los tribunales de los grupos de empresa, así como lo que han denominado grupos "patológicos" (capítulo XIII), pero también sobre la importante materia de la determinación de la responsabilidad en los grupos de empresa en su variante solidaria y cuáles son sus consecuencias. Es en el capítulo XIV donde se estudia la visión jurisdiccional de la unidad de grupos de empresa, junto con las problemáticas que los tribunales han recogido: la confusión patrimonial, la unidad de caja, la empresa "aparente" y el abuso de la dirección unitaria. El capítulo XV relaciona los grupos de empresa con la transmisión, la subcontratación, la cesión de trabajadores y los despidos colectivos cuando suceden en el seno de un grupo o entre empresas en relación, en la que solemos encontrar a menudo prácticas fraudulentas en las que el grupo se apoya para esquivar la regulación vigente de estas materias. En el capítulo XVI se desarrolla la negociación colectiva en los grupos de empresa, que amplía lo ya comentado en capítulos anteriores sobre participación de los trabajadores. En este apartado la monografía se centra en la legitimación y formas de negociación en los grupos de empresa y empresas vinculadas. Para ser, finalmente, el capítulo XVII el que cierre este apartado hablando de la huelga en los grupos de empresas y redes empresariales. Cómo el derecho de huelga se puede ejercer en empresas descentralizadas o subcontratadas y el derecho de huelga en empresas de grupo o vinculadas y la confirmación de la doctrina jurisprudencial de "especial vinculación" en grupos y redes de empresas.

Por último, en la parte tercera "Por una propuesta de reforma legislativa del Derecho de los grupos de empresas" encontramos la lege ferenda que estos autores realizan. Esta parte se compone únicamente del capítulo XVIII que concluye y propone una regulación novedosa al respecto, que solucione y articule con rigor las problemáticas explicadas a lo largo de la monografía.

En conclusión, estamos ante una obra fundamental para conocer la situación jurídica de los grupos de empresas y comprender por qué es necesaria una reforma de la regulación pertinente al respecto. Se establece con rigor una sistemática de estudio para el conocimiento de la materia, abordando de forma completa los diversos aspectos que conciernen a los grupos de empresas en España.

Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo

Laborum

nº 3 (2º Trimestre 2022)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

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 3 (2022):* 267-295.

1. INTRODUCCIÓN

La Disposición final segunda de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, añadió un nuevo artículo 50 bis al texto refundido de la LGSS/1994, con efectos desde 1-1-2016 y vigencia indefinida, estableciendo un *"Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social*", que luego pasaría a ser el art. 60 del vigente texto refundido de la LGSS. Dicho complemento presentaba los siguientes rasgos:

Uno. Se presentaba como compensación a las mujeres "por su aportación demográfica a la Seguridad Social, para el caso de haber tenido hijos naturales o adoptado y fueran beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente.

Dos. Tenía naturaleza de pensión pública contributiva y consistía en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las pensiones indicadas un porcentaje que estaba en función del número de hijos nacidos o adoptados antes del hecho causante: a) 2 hijos un 5%; b) 3 hijos un 10%; y c) 4 o más un 15%.

Tres. Se contemplaban las situaciones de:

a) Cuantía de la pensión reconocida inicial superior al límite máximo de las pensiones.

b) Cuantía de la pensión más el complemento parcialmente superior al límite máximo de las pensiones.

c) Situaciones en las que se permite legal o reglamentariamente la superación del límite máximo de las pensiones.

d) Pensiones causadas en aplicación de la normativa internacional.

[1] Todas las disposiciones, criterios, respuestas a consultas de organismos de la Administración, etcétera, que se incluyen en esta sección, se reproducen literalmente (incluido abreviaturas, uso de negrita, cursiva, subrayado, etcétera) y están accesibles en el portal de transparencia del Gobierno.
Introducción, selección de criterios, notas y concordancias a cargo de José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta.

e) Situación de la pensión que no alcance la cuantía mínima legal.

f) Concurrencia de pensiones.

Cuarto. No se permitía el complemento en caso de jubilaciones anticipadas por voluntad de la interesada, ni tampoco en los casos de jubilación parcial.

Quinto. El régimen jurídico del complemento se vincula al de la pensión a completar en cuanto a su dinámica y actualización.

La exclusión de su ámbito subjetivo de los hombres, sería muy cuestionada y finalmente lo que llevaría al TJUE en sentencia de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA), a declarar que el art. 60 era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Y lo hizo por entender que resulta discriminatorio que se reconozca un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres (con al menos dos hijos), «… mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento…».

Y así se llegará al RD-ley 3/2021, de 2 de febrero por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico[2] que modificó el art. 60 LGSS sustituyendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, por un complemento cuya finalidad declarada es reducir la incidencia de la brecha de género en el importe de las pensiones, teniendo en consideración la jurisprudencia del TJUE. Su denominación ahora será "complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género". El nuevo complemento presenta varias novedades respecto al anterior complemento por maternidad, a destacar:

a) Distintos requisitos de acceso en atención al sexo del solicitante.

b) Se abonará a partir del primer hijo o hija, y no del segundo;

c) No será tenido en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones;

d) Su importe no tendrá la consideración de ingreso o rendimiento de trabajo en orden a determinar si concurren los requisitos para tener derecho al complemento por mínimos;

e) Alcanza a beneficiarios de jubilaciones anticipadas voluntarias.

f) Este complemento será aplicable, según lo dispuesto en la disposición adicional primera, en relación con la disposición final tercera del Real Decreto-ley 3/2021, a las pensiones que se causen a partir del 4 de febrero de 2021[3].

[2] La Disposición Final tercera dispuso que entraría en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, es decir el 4 de febrero. Otras medidas recogidas en dicho RD-ley eran relativas a una nueva modificación del RD-ley 20/2020, de 29 de mayo, sobre el Ingreso Mínimo Vital, compatibilidad de la pensión de jubilación con el nombramiento como personal estatutario de los profesionales sanitarios y extensión de la protección por contingencias profesionales al personal sanitario de la Inspección Médica de los Servicios Públicos de salud, del INSS y del ISM.

[3] El art. 2.2 del RD-ley 3/2021, añade también una DT décima cuarta del siguiente tenor:
«Disposición transitoria décima cuarta. Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones de Clases Pasivas.
Quienes, en la fecha de entrada en vigor del complemento para la reducción de la brecha de género prevista en la disposición adicional decimoctava, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad mantendrán su percibo.
La percepción de dicho complemento de maternidad será incompatible con el complemento para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro.

(...)

g) Su carácter temporal.

h) Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.

2. COMPLEMENTO DE PENSIONES PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO

2.1. Complemento para la reducción de la brecha de género. Requisitos exigidos a los hombres. Reconocimiento del complemento por cada hijo

Criterio de gestión 12/2022, de 28 de marzo, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS

Asunto:

Interpretación de los requisitos que el artículo 60 del TRLGSS exige a los hombres para que puedan ser beneficiarios del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y sobre si es posible que se pueda reconocerse a ambos progenitores en razón de unos hijos comunes diferentes.

Criterio de actuación:

Se establecen las siguientes pautas:

1. El artículo 60 del TRLGSS establece:

"(...) Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:

(...)

b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:

(...)

1.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

2.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

En el supuesto de que el otro progenitor de alguno de los hijos o hijas que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento para la reducción de la brecha de género y le corresponda, por aplicación de lo establecido en la disposición adicional decimoctava de esta norma o por aplicación de lo dispuesto en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta.».

3.ª Si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

4.ª El requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor, se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma.".

Respecto de la exigencia contenida en la condición 4ª del requisito de la letra b) de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor, cabe aclarar que:

a) El requisito en cuestión únicamente se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma. Esto es, se exigirá en el momento en que los dos progenitores sean acreedores de una pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente o viudedad.

Por lo tanto, si la mujer no ha adquirido la condición de pensionista en los términos establecidos, nada impide que el hombre pueda percibir el complemento si reúne los demás requisitos necesarios.

En el caso de que la mujer adquiriese la condición de pensionista, el hombre solo podría seguir percibiéndolo de comprobarse previamente que la suma de sus pensiones es inferior a la suma de las pensiones que le corresponde a la mujer.

b) De acuerdo con el apartado 3 del artículo 60 el complemento tiene naturaleza de pensión pública y carácter rogado, puesto que no existe en la ley mandato alguno para su reconocimiento de oficio en aquellos casos en que la mujer no lo solicite.

Aun cuando la mujer pensionista no solicitase el complemento, para que el hombre pueda percibirlo será necesario que la suma de sus pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer. En caso contrario, supondrá la pérdida del complemento para el hombre, puesto que no concurriría uno de los requisitos que establece la norma para tener derecho al mismo.

Por lo tanto, en caso de que, siendo la suma de las pensiones del hombre superior a la suma de las pensiones de la mujer, ésta no solicitase el complemento, no podría reconocerse a ninguno de los dos progenitores, puesto que no podría reconocérsele de oficio a la mujer y el hombre no cumpliría el requisito necesario de que la suma de sus pensiones sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a aquélla.

c) Las pensiones que se contemplan en el apartado 1 del artículo 60, en relación al derecho de las mujeres al complemento, son las pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente y viudedad. En cambio, para el derecho a los hombres a dicho complemento, la letra b) del apartado 1 del artículo 60 solo se refiere a las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente.

Según indica la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) en su informe, «*no parece lógico que el legislador haya usado la misma expresión "pensiones públicas" en ambos supuestos pero con una dimensión diferente ya que si esa hubiera sido su voluntad así lo hubiera especificado tal y como ha hecho en la diferenciación de los requisitos exigidos a uno y otro, por lo que, a juicio de este Centro Directivo, debe entenderse que cuando el precepto señala la necesidad de comparar el importe de la suma de las pensiones de los progenitores, se está refiriendo a cualquier otra pensión pública reconocida en cualquier régimen de la Seguridad Social, también en la referencia a las pensiones públicas que se hace en el primer párrafo del artículo 60.1.*»

Por tanto, a efectos de realizar la comparativa entre la suma de las pensiones de los progenitores, procederá tener en cuenta las pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente y viudedad.

2. El párrafo primero del apartado 1 del artículo 60 señala el derecho al complemento "*por cada hijo o hija"*.

Asimismo, el apartado 3 del artículo 60 del TRLGSS, señala que

"(...) La cuantía a percibir estará limitada a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo o hija y será incrementada al comienzo de cada año en el mismo porcentaje previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para las pensiones contributivas.

La percepción del complemento estará sujeta, además, a las siguientes reglas:

a) Cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento económico.

A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía, únicamente se computarán los hijos o hijas que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados (...)."

Se ha planteado si las menciones a *"cada hijo o hija*" que se contienen en el apartado 1 y en el apartado 3 del artículo 60 implicaría que el complemento puede reconocerse a ambos progenitores en razón de unos hijos comunes diferentes, siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios, o si no es posible que pueda reconocerse a un progenitor el complemento cuando el otro ya lo percibe por otros hijos que mantenga en común con ese progenitor

A juicio de la DGOSS, *"La respuesta a esta cuestión se encuentra en la configuración de los requisitos que la norma establece para que los progenitores tengan derecho al complemento y, más específicamente, en los requisitos que debe cumplir el hombre para tener derecho al mismo. Así, en relación al requisito de la letra b) del artículo 60.1 se señala que está supeditado a que concurran unas condiciones relacionadas con la cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo o hija, de tal manera que pudiendo haber más de un hijo o hija en común, dichas condiciones puede que se cumplan con alguno o algunos de ellos, correspondiéndole el complemento por estos hijos pero, en cambio, que no se cumplan con ocasión de los nacimientos o adopciones de otros hijos o hijas comunes diferentes, en cuyo caso el complemento en estos casos correspondería a la mujer si reúne los requisitos necesarios.*

El legislador podría haber optado por otra fórmula más genérica que asignara el complemento, por ejemplo, al progenitor que tuviera la carrera de cotización más corta como muestra del perjuicio que el cuidado de los hijos ha tenido para su carrera profesional, sin embargo, ha preferido vincular las condiciones de cotización al específico momento del nacimiento o la resolución judicial en caso de adopción, de los hijos o hijas. En consecuencia, pudiendo haber varios hijos o hijas comunes, habrá que valorar dichas condiciones de cotización en relación con cada uno de sus nacimientos o resoluciones judiciales, puesto que las circunstancias en su cuidado por parte de los progenitores pueden no ser las mismas en todos los casos.

En base a lo expuesto, puede concluirse que el complemento podrá reconocerse a ambos progenitores en razón de unos hijos comunes diferentes, siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios."

En consecuencia, cabe concluir:

a) No es posible que ambos progenitores se beneficien del complemento por el mismo hijo.

b) Respecto de los hijos que tengan en común, es posible que un progenitor reúna los requisitos para beneficiarse del complemento por un hijo, por ser quien reúne los requisitos

necesarios respecto de este, y el otro progenitor pueda beneficiarse del complemento por razón de otro hijo diferente, por ser quien acredita en este caso los requisitos necesarios.

2.2. Complemento para la reducción de brecha de género. Interacción con el complemento de maternidad. Aplicación de la disposición transitoria trigésima tercera del TRLGSS

Criterio de gestión 31/2021, de 23 de noviembre, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS

Asunto:

Importe del complemento de maternidad sobre el que practicar la deducción de la disposición transitoria trigésima tercera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (DT 33ª del TRLGSS), cuando el complemento de maternidad no se percibe íntegramente.

Criterio de gestión:

El tercer párrafo de la DT 33ª del TRLGSS establece lo siguiente:

"En el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo, por aplicación de lo establecido en el artículo 60 de esta ley o de la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, ...".

El apartado 3 del criterio 24/2021 determina el importe que hay que deducir del complemento de maternidad en caso de que el otro progenitor, con derecho al 50% de la pensión de jubilación al amparo del artículo 214 del TRLGSS, tenga derecho al complemento para la reducción de la brecha de género. En estos casos, se concluye que el complemento de maternidad reconocido a la madre debe minorarse en la totalidad de la cuantía del complemento para la reducción de la brecha de género que le sea reconocido al otro progenitor, aunque con posterioridad se proceda a suspender el pago de parte de su importe.

Surge ahora la cuestión de si, en el supuesto en el que la madre está percibiendo el 50% del complemento de maternidad asignado, por superar la cuantía de la pensión inicialmente reconocida, a la que complementa, el límite máximo de pensiones (de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 60 del TRLGSS en la redacción anterior al citado Real Decreto-ley), la deducción que establece la DT 33ª del TRLGSS debe aplicarse sobre la totalidad del complemento de maternidad inicialmente reconocido o sobre el 50% que realmente percibe.

El derecho al complemento de maternidad se reconoce íntegramente a la madre pese a que, en aplicación del límite máximo de pensiones, la cuantía final que percibe sea solo del 50% de su importe. Así, en el supuesto objeto del presente criterio, el importe del complemento de maternidad sobre el que ha de practicarse la deducción establecida en la DT 33ª del TRLGSS, es el inicialmente reconocido a la madre, con independencia de que la cuantía final que perciba sea el 50% del mismo.

2.3. Complemento para la reducción de brecha de género. Concurrencia de pensiones

Criterio de gestión 27/2021, de 8 de octubre, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica

Asunto:

La cuestión que se plantea es si procede reconocer el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género que conlleva el reconocimiento de una pensión de las establecidas en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), en aquellos casos en los que por la misma no se percibe importe alguno por concurrir con otra pensión reconocida (del sistema de la Seguridad Social o de Clases Pasivas) que está topada con el límite máximo de pensiones y por la que no se puede generar el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

Criterio de gestión:

La duda se suscita por cuanto el apartado 5 del artículo 60 del TRGLSS establece que *"el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones citadas en el apartado 1. En consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento. No obstante, cuando en el momento de la suspensión o extinción de dicha pensión la persona beneficiaria tuviera derecho a percibir otra distinta, de entre las previstas en el apartado 1, el abono del complemento se mantendrá, quedando vinculado al de esta última."*

Si bien, la letra d) del punto 3 del mismo artículo del TRLGSS dispone que el importe del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género no se tendrá en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones previsto en los artículos 57 y 58.7.

Asimismo, el artículo 38 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, dispone que *"La minoración o supresión del importe de los señalamientos iniciales de pensiones públicas que pudieran efectuarse por aplicación de las normas limitativas no significará merma o perjuicio de otros derechos anejos al reconocimiento de la pensión."*

Teniendo en cuenta la normativa anterior, así como que la pensión que no se percibe y por la que se reconoce el complemento no está técnicamente suspendida, sino en *"alta con importe 0"*, cabe entender que el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género puede reconocerse pese a que no se abone cantidad alguna por la pensión a la que complementa.

2.4. Complemento para la reducción de la brecha de género. Hijos computables en el caso de beneficiarias de la pensión de viudedad

Criterio de gestión 23/2021, de 30 agosto, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica

Asunto:

Hijos computables en el caso de las pensionistas de viudedad, a efectos de percibir el correspondiente complemento para la reducción de la brecha de género regulado en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), en la redacción dada por el artículo 1 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

Criterio de Gestión:

Se cuestiona si en el caso de beneficiarias de la pensión de viudedad, a efectos de percibir el complemento para la reducción de la brecha de género asociado a dicha pensión, procede computar exclusivamente los hijos que la pensionista de viudedad tenga en común con el causante fallecido.

El párrafo primero del apartado 1 del artículo 60 del TRLGSS establece que *"**Las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas** y que sean **beneficiarias de una pensión contributiva de** jubilación, de incapacidad permanente o de **viudedad**, **tendrán derecho a un complemento por cada hijo o hija**, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres. El derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía."*

Asimismo, el Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2021 señala que *"el número de hijos es el criterio objetivo que se utiliza para articular la medida por cuanto su nacimiento y cuidado es la principal causa de la brecha de género"* y reconoce que históricamente ha sido la mujer la que ha asumido esa tarea de cuidados, aunque se deje la puerta abierta a los hombres para que, cumpliendo determinados requisitos, puedan también percibir el complemento para la reducción de la brecha de género.

En relación con estos últimos, el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 60 del TRLGSS establece que "*Para que los **hombres** puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos: a) Causar una **pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común**, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad."*

Teniendo en cuenta que el artículo 60 del TRLGSS contiene una regulación específica para uno y otro progenitor, a juicio de esta Entidad gestora no cabe interpretar que la pensionista de viudedad sólo podrá percibir el complemento para la reducción de la brecha de género por los hijos que tenga en común con el causante de la pensión de viudedad por la que percibe el citado complemento. Una interpretación contraria, más restrictiva conllevaría imponer unas condiciones a la mujer que la ley no establece.

En consecuencia, a efectos de beneficiarse del complemento para la reducción de la brecha de género y siempre que se reúnan los requisitos necesarios, **procederá computar los hijos que la pensionista de viudedad haya tenido, con independencia de su filiación**, siempre que no fuere de aplicación lo previsto en el último inciso del párrafo primero del artículo 60.1 del TRLGSS.

2.5. Complemento para la reducción de la brecha de género. Responsabilidad en reconocimiento, control y pago

Criterio de gestión 22/2021, de 30 agosto, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS

Asunto:

Entidad responsable del reconocimiento, control y pago del complemento para la reducción de la brecha de género regulado en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), en la redacción dada por el artículo 1 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

Criterio de gestión:

Como se sabe, respecto del complemento por maternidad se consideró que la entidad responsable del reconocimiento y abono de la pensión sobre la que tal complemento se aplicaba debía ser igualmente la responsable del mismo, ya que de lo dispuesto en los artículos 45.1[4], 66[5] y 80.2.a)[6] del TRLGSS se evidenciaba que la normativa general relativa a la responsabilidad y abono de las prestaciones del sistema no determinaba que debiesen ser asumidas en todos los casos por esta Entidad gestora, sino que dependería del régimen de aseguramiento al que se hubiese acogido la empresa o el trabajador autónomo. Esta postura se veía reforzada por cuanto la dinámica del complemento por maternidad era la misma que la de la pensión contributiva que complementaba.

Sin embargo, las diferencias que el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género presenta con respecto del complemento de maternidad -por ejemplo, en cuanto al ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación, la determinación del importe, el carácter temporal, el régimen de financiación y la posibilidad de que surjan otros beneficiarios-, conlleva que se susciten dudas en relación con la responsabilidad que tendrían las entidades colaboradoras con la Seguridad Social en su reconocimiento, control y pago.

Elevada consulta al respecto, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social señala que debe partirse de que el régimen jurídico regulador del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género no es idéntico al que regula el complemento de maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social. Ante la falta de precisión en la norma, la solución debe deducirse de una interpretación integradora tanto del tenor de la norma como de su finalidad y del contexto en el que se encuentra.

A juicio de ese Centro Directivo, la solución adoptada en relación con la entidad responsable del reconocimiento y control del complemento por maternidad en las pensiones contributivas no se compadece bien con los términos en que se configura el régimen jurídico del nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

---

[4] El art. 44.1 LGSS, dispone lo siguiente:
"Responsabilidad en orden a las prestaciones.
1. Las entidades gestoras de la Seguridad Social serán responsables de las prestaciones cuya gestión les esté atribuida, siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho a las mismas en las normas establecidas en esta ley y en las específicas que sean aplicables a los distintos regímenes especiales.".

[5] El art. 66 de la LGSS, dispone lo siguiente:
"Artículo 66. Enumeración.
1. La gestión y administración de la Seguridad Social se efectuará, bajo la dirección y tutela de los respectivos departamentos ministeriales, con sujeción a los principios de simplificación, racionalización, economía de costes, solidaridad financiera y unidad de caja, eficacia social y descentralización, por las siguientes entidades gestoras:
a) El Instituto Nacional de la Seguridad Social, para la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, con excepción de las que se mencionan en el apartado c) siguiente.
b) El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, para la administración y gestión de servicios sanitarios.
c) El Instituto de Mayores y Servicios Sociales, para la gestión de las pensiones no contributivas de invalidez y de jubilación, así como de los servicios complementarios de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social.
2. Las distintas entidades gestoras, a efectos de la debida homogeneización y racionalización de los servicios, coordinarán su actuación en orden a la utilización de instalaciones sanitarias, mediante los conciertos o colaboraciones que al efecto se determinen entre las mismas."

[6] El art. 80.2 a) LGSS, dispone lo siguiente:
Artículo 80. Definición y objeto.
1. ….
2. Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social tienen por objeto el desarrollo, mediante la colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de las siguientes actividades de la Seguridad Social:
a) La gestión de las prestaciones económicas y de la asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación, comprendidas en la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como de las actividades de prevención de las mismas contingencias que dispensa la acción protectora.

Por otro lado, considera necesario abordar estas cuestiones desde una solución unitaria y coherente con las competencias atribuidas a las entidades del sistema de la Seguridad Social.

Teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas y sobre la base de los artículos 45.1, 66.1.a) y 72[7] del TRLGSS, dicho Centro Directivo concluye que tanto el reconocimiento como el control del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género previsto en el artículo 60 del TRLGSS debe realizarse por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sin que proceda por tanto la inclusión de su importe en la capitalización de las pensiones causadas por incapacidad permanente o muerte derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional cuya responsabilidad corresponda asumir a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, en los supuestos en que proceda la misma de conformidad con los previsto en el artículo 110.3 del citado texto refundido.

2.6. Complemento para la reducción de la brecha de género. Validez de los vacíos de cotización en distintas situaciones a efectos del cumplimiento del requisito establecido en el artículo 60.1.b) 1ª del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

Criterio 21/2021, de 13 agosto, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica

Asunto:

Validez de los vacíos de cotización que figuren en la vida laboral del trabajador a causa del disfrute de periodos de excedencia voluntaria por cuidado de hijos, así como de los vacíos utilizados para la aplicación del beneficio por cuidado de hijos, o en situación de cotización a varios regímenes, a efectos de entender cumplido el requisito establecido en el artículo 60.1.b).1ª del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS).

Criterio de Gestión:

El artículo 60 del TRLGSS, en su redacción dada por el artículo 1 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, establece en el punto 1.b) 1ª, entre otros, el siguiente requisito para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento para la reducción de la brecha de género:

"b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:

1.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, ***tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha*** *o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer."*

Se consideran válidos a efectos del cumplimiento de este requisito los vacíos de cotización que figuren en la vida laboral del trabajador como consecuencia del disfrute de periodos de excedencia voluntaria por cuidado de hijo conforme al artículo 46.3 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

[7] El art. 72 LGSS norma el Registro de Prestaciones Sociales Públicas. La disposición derogatoria 1 de la Ley 6/2018, de 3 de julio dispuso su derogación, si bien mantendrá su vigencia hasta la fecha que se determine en la norma reglamentaria que, en desarrollo de la disposición adicional 141, regula la Tarjeta Social Digital, según establece la disposición transitoria 3 de dicha Ley. Téngase en cuenta además la redacción dada a ambas por la disposición final 5 del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo. y la disposición final 5 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre

Trabajadores, y aun cuando dicho periodo tenga la consideración de cotización efectiva a efectos de prestaciones de Seguridad Social de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y nacimiento y cuidado del menor conforme al artículo 237 del TRLGSS[8], por producirse una interrupción en la actividad laboral/profesional con las consecuencias negativas que la misma puede acarrear.

Siguiendo el mismo razonamiento, los periodos de interrupción de la cotización producidos tras la extinción de una relación laboral o finalización de prestación por desempleo, cuando tales periodos se encuentren dentro de los márgenes que establece el punto 1.b) 1ª del artículo 60, se consideran válidos a efectos de la acreditación de los 120 días sin cotización exigidos en la misma norma, y ello aun cuando el mismo periodo haya servido para aplicar el beneficio por cuidado de hijos regulado en el artículo 236 del TRLGSS.

A efectos del cumplimiento de este requisito se consideran igualmente válidos los vacíos de cotización que se puedan producir en alguno de los regímenes en situaciones de pluriactividad en diferentes regímenes del sistema de la Seguridad Social o en un régimen del sistema de la Seguridad Social y el régimen de Clases Pasivas.

Si se trata de periodos alternos en diferentes regímenes del sistema de la Seguridad Social o del sistema de Seguridad Social y Clases Pasivas, para considerar acreditado el requisito en cuestión será necesario que se produzca un vacío de cotización de 120 días en el marco temporal establecido en el punto 1.b) 1ª del artículo 60 del TRLGSS sin que el interesado quede encuadrado en ningún régimen.

[8] El art. 237 LGSS, dispone lo siguiente:

Artículo 237. Prestación familiar en su modalidad contributiva.

1. Los períodos de hasta tres años de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción, tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

2. De igual modo, se considerará efectivamente cotizado a los efectos de las prestaciones indicadas en el apartado anterior, el primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten, de acuerdo con el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida.

3. Las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el primer párrafo del artículo 37.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones señaladas en el apartado 1. Dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer año en los demás supuestos de reducción de jornada contemplados en el primer y segundo párrafo del mencionado artículo.

Las cotizaciones realizadas durante los períodos en que se reduce la jornada en el último párrafo del apartado 4, así como en el tercer párrafo del apartado 6 del artículo 37 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal.

4. Cuando las situaciones de excedencia señaladas en los apartados 1 y 2 hubieran estado precedidas por una reducción de jornada en los términos previstos en el artículo 37.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

2.7. Complemento para la reducción de la brecha de género. Pensión de jubilación compatible con el trabajo concurrente con otra pensión

Criterio de gestión 17/2021, de 27 mayo, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica

Asunto:

Vinculación del complemento para la reducción de la brecha de género regulado en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), cuando la pensión a la que complementa es la de jubilación (activa o flexible) compatible con el trabajo y se percibe, además, otra pensión de las previstas en el apartado 1 del citado artículo.

Criterio de gestión:

En el criterio 15/2021 se aborda la cuestión relativa a la suspensión o minoración del complemento para la reducción de la brecha de género en aquellos casos en los que por aplicación de las normas sobre compatibilidad y trabajo se suspende el percibo de una parte de la pensión de jubilación que se complementa. Se concluye que, en aquellos supuestos en los que la pensión de jubilación o parte de ella se suspenda conforme a las reglas de compatibilidad entre el trabajo, procederá igualmente suspender o minorar el complemento para la reducción de la brecha de género. Así, por ejemplo, en el caso de que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 214 del TRLGSS[9] se percibiera el 50% del importe de la pensión de jubilación, procederá igualmente percibir el 50% del complemento para la reducción de la brecha de género.

[9] El art. 214 LGSS, dispone lo siguiente:
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.
(...)

Surge ahora la cuestión de si, en el caso de concurrencia de pensiones que permitan causar el complemento para la reducción de la brecha de género, es posible vincular el complemento a la otra pensión que se percibe en concurrencia con la de jubilación compatible con el trabajo, con objeto de que el complemento para la reducción de la brecha de género no se vea suspendido o minorado.

El apartado 5 del artículo 60 del TRLGSS dispone que *«Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones citadas en el apartado 1. En consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento.* ***No obstante, cuando en el momento de la suspensión o extinción de dicha pensión la persona beneficiaria tuviera derecho a percibir otra distinta, de entre las previstas en el apartado 1, el abono del complemento se mantendrá, quedando vinculado al de esta última.****»*

Por tanto, en caso de concurrencia de pensiones, **procederá vincular la totalidad del complemento para la reducción de la brecha de género a la pensión que no se ve suspendida total o parcialmente.**

Así, en el supuesto objeto del presente criterio, el complemento dejaría de complementar la pensión de jubilación (activa o flexible) cuyo importe se suspende parcialmente o se minora por aplicación de las normas sobre compatibilidad y trabajo, y quedaría vinculado a la otra pensión de las previstas en el artículo 60.1 del TRLGSS que se percibe.

2.8. Complemento para la reducción de la brecha de género. Suspensión del importe íntegro de la pensión de jubilación en aplicación de las normas sobre compatibilidad y trabajo

Criterio de gestión 15/2021, de 17 de mayo, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica

Asunto:

Si, en los casos en los que por aplicación de las normas sobre compatibilidad y trabajo se suspende el percibo de una parte de la pensión de jubilación (como ocurre en la jubilación activa o en la flexible) procede suspender el percibo íntegro del complemento para la reducción de la brecha de género regulado en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), aplicando el mismo régimen de suspensión que la pensión.

Criterio de gestión:

Conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 60 del TRLGSS, *"Sin perjuicio de lo* dispuesto en el apartado 2, el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones citadas en el apartado 1. En consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento.".

Según señala la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en informe de 14 de mayo de 2021, *"habrá que estar al régimen jurídico de suspensión o extinción de la pensión que complementa, en aplicación del claro tenor literal del apartado 5 de dicho artículo que determina que su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento.*

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.

Si no se entendiera así, y como apunta esa Entidad, no se aplicara al nuevo complemento el régimen de suspensión de la pensión que complementa de tal manera que no se suspendiera o se minorara su percibo, aunque conforme a las reglas de compatibilidad entre el trabajo y la pensión ésta sí se suspendiera o parte de ella, cabría preguntarse, entonces, para qué casos ha previsto el legislador que la suspensión del complemento coincida con el de la pensión que ha determinado su reconocimiento, teniendo en cuenta que no ha establecido ninguna otra previsión al respecto que la contenida en el artículo 60.5.

En consecuencia, a juicio de este Centro Directivo, no plantea dudas la voluntad del legislador en esta cuestión puesto que ha mantenido, en la configuración del nuevo complemento, que siga la misma dinámica que la de la pensión que ha determinado su reconocimiento, con independencia de que haya variado la fijación de su cuantía en relación con el anterior complemento. Admitir lo contrario, supondría aceptar que la norma contiene una previsión al respecto sin transcendencia alguna."

En razón de lo expuesto cabe concluir que, **en aquellos supuestos en los que la pensión de jubilación o parte de ella se suspenda conforme a las reglas de compatibilidad entre el trabajo, procederá igualmente suspender o minorar el complemento para la reducción de la brecha de género que complementa dicha pensión.** Así, por ejemplo, en el caso de que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 214 del TRLGSS se percibiera el 50% del importe de la pensión de jubilación, procederá igualmente percibir el 50% del complemento para la reducción de la brecha de género

2.9. Complemento para la reducción de la brecha de género. Pensión de viudedad

Criterio de gestión 12/2021, de 14 de mayo, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica

Asunto:

Cómputo del complemento para la reducción de la brecha de género regulado en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos relativos a los ingresos y cargas familiares exigidos para determinar la cuantía que corresponde percibir de pensión de viudedad.

Límite de la cuantía complemento para la reducción de la brecha de género a percibir en caso de concurrencia de beneficiarios de la pensión de viudedad.

Criterio adoptado:

Con el objeto de homogeneizar la gestión de los centros gestores en la aplicación de la nueva redacción del artículo 60 del TRLGSS, se establecen las siguientes pautas de actuación:

1. A efectos de determinar la concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación del porcentaje del 70% en el cálculo de la pensión de viudedad, se computará el complemento para la reducción de la brecha de género.

2. El apartado 5 del artículo 60 del TRLGSS establece que *"Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones citadas en el apartado 1."*

   Cabe precisar que la cuantía del complemento para la reducción de la brecha de género que corresponda percibir por cada hijo no se verá afectado por el reparto de la pensión de viudedad (prorrata) que corresponda en los casos de separación y divorcio.

3. El segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo establece que *"la cuantía a percibir estará limitada a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo o hija".*

   En aquellos casos en los que un mismo causante de lugar a varias pensiones de viudedad, el límite de la cuantía del complemento señalado en el párrafo anterior (108€ en el año 2021) se aplicará a cada beneficiario de la pensión de viudedad teniendo en cuenta exclusivamente el número de hijos que éste tenga, con independencia del número de hijos de otros beneficiarios de la pensión de viudedad.

4. El artículo 3 del TRLGSS establece el principio de irrenunciabilidad de los derechos de la Seguridad Social. Sin perjuicio de dicho principio, esta Entidad gestora viene admitiendo la renuncia a prestaciones de la Seguridad Social siempre que tenga por finalidad adquirir un derecho a otra prestación de Seguridad Social más favorable y que ello no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros (artículo 6.2 del Código Civil).

De conformidad con lo previsto en el apartado 3 del artículo 60 del TRLGSS, el complemento para la reducción de la brecha de género tiene a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva por lo que, a juicio de esta Entidad gestora, su carácter complementario respecto de una pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, no obsta para que se admita la renuncia a dicho complemento en los términos anteriormente indicados.

2.10. Complemento para la reducción de la brecha de género

Criterio de gestión 11/2021, de 4 de mayo, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS

Asunto:

El artículo 1 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, da nueva redacción al artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), estableciendo el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

El complemento por maternidad correspondiente a la anterior redacción del citado artículo 60 del TRLGSS se mantiene en vigor conforme a la disposición transitoria trigésima tercera del TRLGSS.

Criterio adoptado:

Con el objeto de homogeneizar la gestión de los centros gestores en la aplicación de la nueva redacción del artículo 60 del TRLGSS, se establecen las siguientes pautas de actuación:

1. El actual apartado 3 del artículo 60 del TRLGSS dispone que *"A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía, únicamente se computarán los hijos o hijas que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente* ***hubieran nacido con vida*** *o hubieran sido adoptados."*

De la Exposición de Motivos del citado Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero se infiere que, al igual que ocurría con el complemento por maternidad, tampoco en el complemento para la reducción de la brecha de género el bien jurídico protegido es el hecho del parto -ya que incluso los hombres pueden percibirlo si reúnen determinados requisitos-, sino el reflejo que en el ámbito de las pensiones de ambos progenitores pueda ocasionar las tareas de cuidados de los hijos derivadas del nacimiento o adopción.

En consecuencia, procede exigir que se adquiera la personalidad civil, sin que quepa aplicar lo dispuesto en el artículo 8 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, mediante el que cabe computar un feto que no llega a adquirir personalidad siempre que hubiera permanecido en el seno materno ciento ochenta días.

Sin embargo, aun cuando deba exigirse personalidad civil, la expresa mención a nacer *"con vida"* que se añade en la nueva regulación del artículo 60 del TRLGSS parece indicar que, con independencia de la fecha en que el nacimiento se haya producido, debe atenderse a la nueva redacción del artículo 30 del Código Civil, conforme a la cual *"la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno."* Decae así la posibilidad de atender a la redacción del citado precepto del Código Civil vigente hasta el 22 de julio de 2011, conforme a la cual sólo se reputaba nacido el feto que tuviera figura humana y viviese veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

Por lo tanto, **para el cómputo de los hijos a efectos del complemento para la reducción de la brecha de género, será necesario que hayan nacido con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, con independencia de la fecha en que se haya producido el nacimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 60 del TRLGSS, *"Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:*

(...)

b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:

1.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

(...)"

En relación con la condición 1ª de letra b) del apartado 1 del citado artículo cabe hacer las siguientes precisiones:

En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, se exige que exista una falta de cotización de más de 120 días entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha, se cuestiona si dicho vacío de cotización debe ser un periodo continuo o puede ser el resultado de la suma de periodos alternos sin cotizar.

Puesto que el objetivo del complemento para la reducción de la brecha de género es tratar de paliar el perjuicio en la carrera de cotización de los interesados y su repercusión en su derecho a pensiones y dicho perjuicio se produce igualmente si la falta de cotización tiene lugar en un mismo periodo ininterrumpido o en periodos sucesivos y, teniendo asimismo en cuenta que la norma no indica la necesidad de que el periodo sin cotización sea un periodo ininterrumpido, cabe concluir que **el requisito podrá entenderse cumplido siempre y cuando se alcancen los días sin cotización requeridos dentro del periodo establecido, resultando indiferente la forma (en un mismo periodo ininterrumpido o en periodos sucesivos) en que se produzca ese vacío de cotización.**

1.1 Según el artículo 60.1 del TRLGSS el complemento para la reducción de la brecha de género se reconoce por haber *"tenido uno o más hijos"*. Asimismo, la letra a) del apartado 3 del citado artículo señala que *"cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento"*.

Aunque la norma no señala expresamente que deban tenerse más de 120 días sin cotización por cada hijo, se considera que **debe exigirse dicho vacío de cotización por cada uno de los hijos nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994**, ya que por cada uno de ellos puede reconocerse un complemento para la reducción de la brecha de género.

En todo caso, **se excepcionan los periodos de parto, adopción o acogimiento múltiple**, en los que el mismo vacío de cotización computará a efectos de considerar cumplido este requisito para beneficiarse del complemento correspondiente a cada uno de los hijos.

Nada impide que, de tenerse más de 120 días sin cotización por un hijo y cumplirse los demás requisitos, **pueda reconocerse un complemento por uno solo de los hijos, denegándose el complemento correspondiente a otro hijo, si por este último no se reúnen los requisitos necesarios.**

1.2 Según el apartado 1 del artículo 60, *"(...) Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos: (...)*

*b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y **haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional** con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:*

1.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer. (...)"

Conforme a una primera interpretación del precepto anterior, cabría entender que los requisitos de *"haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento"* y *"tener más de 120 días sin cotización entre los 9 meses anteriores al nacimiento de su hijo y los 3 años posteriores al nacimiento"*, son dos requisitos distintos, de forma que, aunque se produzca esa falta de cotización de 120 días, no se podría acceder al complemento si no hay una interrupción del alta en la Seguridad Social. Esta interpretación consideraría, además, que *"haber visto afectada su carrera profesional"* también equivaldría a *"haber interrumpido"* su carrera profesional.

Sin embargo, también sería posible una segunda interpretación, conforme a la cual el requisito contenido en la letra b) de haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento se concretaría y se entendería cumplido siempre que se reúnan las condiciones posteriores que se establecen para cada caso. Es decir, la letra b), por sí sola, no concretaría lo que se entiende por interrumpir o ver afectada la carrera profesional, por lo que para ello habría que atender a las condiciones 1ª, 2ª, 3ª y 4ª subsiguientes para ver si se da esa interrupción o afectación de la carrera profesional. De seguirse este planteamiento resultaría que bastaría con tener más de 120 días sin cotización dentro del periodo establecido para entender que se cumple el requisito exigido, ya que esos días sin cotización dentro del periodo marcado implicarían que se produce la "afectación en la carrera profesional" que marca la norma.

La norma no indica que deba existir un alta previa que se extinga o se interrumpa, ya que junto con la interrupción se habla de *"afectación de la carrera profesional"*, pudiendo ésta consistir precisamente en una falta de alta por no poder acceder a un puesto de trabajo en el periodo marcado.

Una lectura detallada del precepto permitiría concluir que la norma pretende ser flexible. Esta flexibilidad se observa en el hecho de que, pese a que la letra b) habla de interrupción o afectación de la carrera profesional *"con ocasión del nacimiento"*, el periodo que se marca en la condición 1ª no empieza con el nacimiento del menor sino 9 meses antes, por lo que la falta de cotización anterior al mismo también se tiene en cuenta para considerar cumplido el requisito. Se pretende subsanar la falta de actividad laboral 9 meses antes del nacimiento hasta 3 años después, que lastra la carrera de cotización y en consecuencia las futuras pensiones.

La falta de cotización durante los 120 días que establece la norma no tiene por qué ser consecuencia de un trabajo que se extingue, sino que puede ser resultado de la falta de un alta por la imposibilidad de acceder al mercado laboral. Haber accedido al mercado laboral tardíamente por razón del cuidado de los hijos, aunque posteriormente no se haya visto interrumpida la carrera profesional una vez que se logra acceder a un puesto de trabajo, no implicaría que el interesado no se haya visto afectado por el nacimiento, ya que esa incorporación tardía al mercado laboral también lastra la carrera profesional y conlleva la falta de cotización y el perjuicio en las pensiones que se pretende subsanar con el complemento para la reducción de la brecha de género, tal y como se expone en el Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2020.

La letra b) establece que esa interrupción o afectación en la carrera profesional se produce "con arreglo a las siguientes condiciones", por lo que puede entenderse que éstas definen dicha interrupción o afectación. En razón de lo expuesto, **para entender que se cumple el requisito exigido bastaría con tener más de 120 días sin cotización dentro del periodo establecido, sin que tenga que producirse necesariamente una interrupción con posterioridad al alta** para entender que la carrera profesional del interesado se ha visto afectada por el nacimiento.

1.3 Se cuestiona cómo actuar en aquellos casos en los que no han transcurrido 24 meses desde el nacimiento o adopción hasta la fecha del hecho causante de la pensión.

Según la condición 2ª del artículo 60.1.b) del TRLGSS, una de las formas de comprobar que los hombres han visto afectada su carrera profesional con ocasión de nacimiento o adopción de un hijo es que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores.

En aquellos casos en los que no se reúnen las bases de cotización requeridas para determinar que la suma de las mismas sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, por causar el interesado derecho a una pensión antes de que transcurran veinticuatro meses más desde el nacimiento o adopción, no se cumple el literal de la norma, que establece una comparación de bases de cotización por un número concreto de meses.

Tampoco parece que este supuesto guarde relación con la finalidad del complemento para la reducción de la brecha de género que se desprende del Preámbulo del citado Real Decreto-ley 3/2021, esto es subsanar de alguna forma el perjuicio en la carrera de cotización ocasionado por el nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de las tareas de cuidado, ya que la carrera de cotización no se vería afectada por dichas tareas de cuidado, sino por la edad (en caso de acceso a una pensión de jubilación) o por motivo de una incapacidad (en caso de acceso a una pensión de incapacidad permanente).

Por tanto, no se cumpliría la condición 2ª del artículo 60.1.b) del TRLGSS para el acceso al complemento para la reducción de la brecha de género.

La disposición transitoria trigésima tercera del TRLGSS establece lo siguiente *«Quienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prevista en el artículo 60, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo.*

La percepción de dicho complemento de maternidad será incompatible con el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por

el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro.

(...)»

Por otra parte, el artículo 163 del TRLGSS, en la redacción dada por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, señala lo siguiente:

«1. Las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente.

En caso de que se cause derecho a una nueva pensión que resulte incompatible con la que se viniera percibiendo, la entidad gestora iniciará el pago o, en su caso, continuará con el abono de la pensión de mayor cuantía, en términos anuales, con suspensión de la pensión que conforme a lo anterior corresponda.

No obstante, el interesado podrá solicitar que se revoque dicho acuerdo y optar por percibir la pensión suspendida. Esta opción producirá efectos económicos a partir del día primero del mes siguiente a la solicitud.»

Ambos preceptos se complementan, de forma que **la Entidad gestora, conforme al artículo 163 del TRLGSS, puede reconocer el más beneficioso (sin que sea necesario que los interesados se manifiesten expresamente por un complemento u otro con carácter previo a su reconocimiento), sin perjuicio de la facultad del interesado de poder optar expresamente por el otro si así lo desea.**

2. El artículo 60.3 del TRLGSS establece que el complemento para la reducción de la brecha de género tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva. Asimismo, el apartado c) del artículo 60.3 del TRLGSS determina que *"el complemento será satisfecho en catorce pagas, junto con la pensión que determine el derecho al mismo."*

Por otra parte, el punto 5 del artículo 60 establece que, *"Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones citadas en el apartado 1. En consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento. No obstante, cuando en el momento de la suspensión o extinción de dicha pensión la persona beneficiaria tuviera derecho a percibir otra distinta, de entre las previstas en el apartado 1, el abono del complemento se mantendrá, quedando vinculado al de esta última."*

Por todo lo anterior, se concluye que la naturaleza jurídica que otorga el Real Decreto- ley 3/2021 al complemento para la reducción de la brecha de género es la de pensión pública contributiva sujeta a las mismas características en cuanto a nacimiento, suspensión y extinción que la pensión a la que complementa. Por tanto, **procede abonar el complemento en proporción al pago inicial de la pensión de que se trate, cesando desde dicho momento el pago del complemento por maternidad que se venía percibiendo.**

En línea con esta interpretación cabe señalar, como ejemplo, el apartado f) del artículo 60.3 del TRLGSS, referido al derecho al complemento por totalización de periodos de seguro a prorrata temporis en aplicación de normativa internacional, que establece la percepción del complemento de forma prorrateada, aplicado a la pensión a la que acompaña.

3. El punto 2 del artículo 60 del TRLGSS determina que *"el reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor (...)".*

Asimismo, la condición 4ª del artículo 60.1.b) establece que *"el requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las*

pensiones que le corresponda al otro progenitor, se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma".

El derecho al complemento de maternidad percibido por la madre que, en razón del derecho del otro progenitor al complemento para la reducción de la brecha de género, se haya extinguido o haya visto disminuida su cuantía, no podrá reactivarse por el fallecimiento del otro progenitor, ya que el derecho al complemento se determina en el momento en que se produce el derecho a la pensión contributiva, momento en el que se verifica el cumplimiento de los requisitos necesarios.

4. El tercer párrafo de la disposición transitoria trigésima tercera del TRLGSS establece:

*"(...) **En el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo**, por aplicación de lo establecido en el artículo 60 de esta ley o de la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, **la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo**, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta".*

En caso de que el otro progenitor tenga hijos en común con dos madres beneficiarias del complemento por maternidad, y se compruebe que cumple los requisitos para acceder al complemento para la reducción de la brecha de género por los hijos comunes a ambas beneficiarias del complemento de maternidad, la cuantía máxima que podrá alcanzar el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género deberá repartirse proporcionalmente entre el número de hijos comunes con cada una de las madres y dicha cuantía se deducirá de los complementos por maternidad que aquéllas venían percibiendo.

Ejemplo: En el caso de un hombre que tenga cinco hijos en total con dos beneficiarias del complemento por maternidad distintas, procederá dividir la cuantía máxima a percibir (limitada a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo o hija) entre los cinco hijos. El resultado se multiplicará por el número de hijos que cada madre tenga en común con el otro progenitor -tres hijos en un caso y dos en el otro- y la cantidad obtenida será la que se deduzca del complemento por maternidad que venían percibiendo.

3. COMPLEMENTO POR MATERNIDAD

3.1. Complemento por maternidad. Revisión del criterio de gestión 1/2020. Sentencia TJUE. Posibilidad de reconocimiento del complemento por maternidad a la mujer o al hombre

Criterio de gestión 35/2021, de 2 de diciembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica

Asunto:

El asunto sobre el que se establece el criterio es el relativo a la revisión del criterio de gestión 1/2020, en relación con las consecuencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/2018, en aplicación del artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS). Posibilidad de reconocimiento del complemento por maternidad a la mujer o al hombre.

Criterio de gestión:

De conformidad con el criterio 1/2020 emitido por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) con fecha 27 de enero de 2020, esta Entidad gestora publicó, con fecha 31 de enero de 2020, el criterio de gestión 1/2020, en el que se determinaba que el complemento por maternidad, en tanto no se llevase a cabo la correspondiente modificación legal del artículo 60 del TRLGSS, se seguiría reconociendo por las entidades gestoras únicamente a las mujeres que cumpliesen los requisitos exigidos en dicho artículo, sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconociesen el citado complemento de pensión a los hombres.

Ciertamente, la modificación normativa del artículo 60 del TRLGSS ya se ha llevado a cabo por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, de tal manera que se ha sustituido el complemento por maternidad por un nuevo complemento para la reducción de la brecha de género, en el que el que el número de hijos es el criterio objetivo que se utiliza para articular la medida por cuanto su nacimiento y cuidado es la principal causa de la brecha de género[10].

La regulación de este nuevo complemento difiere del establecido para el complemento por maternidad, ya que tiene en cuenta parámetros diferentes en su determinación, siendo de aplicación exclusivamente a los nuevos hechos causantes que se produzcan desde la entrada en vigor de la medida, no en relación con las situaciones anteriores.

La nueva normativa redefine el complemento para que sea acorde con la sentencia del TJUE, de 12 de diciembre de 2019, asimismo establece un régimen transitorio en el que determina el mantenimiento de los efectos previstos para las situaciones anteriores así como la incompatibilidad

[10] El citado criterio de gestión 1/2020, de 31 de enero "Complemento por maternidad. Sentencia del TJUE, decía lo siguiente:

Asunto:

El artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), prevé el reconocimiento de un complemento de pensión en favor de las mujeres que hayan tenido dos o más hijos biológicos o adoptivos y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, por su aportación demográfica a la Seguridad Social.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 12 de diciembre de 2019, recaída en cuestión prejudicial asunto C-450/18, declara que la normativa española respecto de dicho complemento por maternidad se opone a la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

La sentencia del TJUE se refiere estrictamente a la incompatibilidad del artículo 60 del TRLGSS con la Directiva 79/7/CEE respecto de la pensión de incapacidad permanente.

El pronunciamiento del TJUE conlleva la necesaria modificación, mediante una norma con rango de ley, de la regulación del complemento por maternidad contenida en el artículo 60 del TRLGSS.

Criterio de gestión:

Hasta que se proceda a la modificación legislativa necesaria para adaptar el artículo 60 del TRLGSS al pronunciamiento del TJUE se establecen, de conformidad con el informe emitido por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) de fecha 27 de enero de 2020, las siguientes pautas de actuación de esta entidad gestora:

1. El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el artículo 60 del TRLGSS, en tanto no se lleve a cabo la correspondiente modificación legal del citado artículo, se seguirá reconociendo únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, tal como se viene haciendo hasta la fecha.

2. Lo establecido en el apartado uno debe entenderse lógicamente sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres, y de la obligación de iniciar el pago de la prestación cuando exista sentencia de un juzgado de lo social o tribunal de justicia condenatoria y se interponga el correspondiente recurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 230.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

de ambos complementos. Sin embargo, no contiene disposición alguna que regule el percibo del complemento por maternidad en aquellos casos en los que un segundo progenitor solicita el complemento por maternidad al amparo de la norma antigua, cuando el otro progenitor lo tiene reconocido en razón de los mismos hijos.

En consecuencia, ante esta laguna legal, la DGOSS ha llevado a cabo una revisión del actual criterio de interpretación del artículo 60 TRLGSS en su redacción anterior, que es asumida por esta Entidad gestora.

Como consecuencia de esta nueva interpretación, la mujer o el hombre, que reúne los requisitos exigidos en la anterior redacción del artículo 60 del TRLGSS, podrá acceder al derecho al reconocimiento del complemento por maternidad, con sujeción a las siguientes condiciones:

1. Carácter unitario del complemento por maternidad

En primer término, cabe recordar que la redacción originaria del art. 60 TRLGSS no contemplaba la posibilidad de reconocer más de un complemento en razón de una misma aportación demográfica de hijos, atendiendo al apartado 1 y 3 del precepto, a cuyo tenor:

"1. Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad, o incapacidad permanente.

[…]

3.En aquellos supuestos en que la pensión inicialmente causada no alcance la cuantía mínima de pensiones que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, se reconocerá dicha cuantía, teniendo en cuenta las previsiones establecidas en el artículo 59. A este importe se sumará el complemento por hijo, que será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada.

[…]"

Del tenor literal de este precepto, cabe señalar que el motivo especificado para la concesión de este complemento es la aportación demográfica a la Seguridad Social en razón de unos mismos hijos, por lo que es evidente que es idéntica para ambos progenitores, lo que refuerza el **carácter unitario del complemento** y la imposibilidad de reconocer más de un complemento en razón de la misma aportación demográfica.

Significativamente, cuando la progenitora mujer era beneficiaria de más de una pensión del sistema de la Seguridad Social, se reconocía el complemento sólo en relación a una de esas pensiones (apartado 5 del art. 60 TRLGSS).

Asimismo, cabe precisar que esta unicidad del complemento no juega exclusivamente en el ámbito de los denominados regímenes internos (los regulados en el TRLGSS), sino que tiene un alcance general, afectando también a los supuestos en los que un progenitor percibe una pensión a cargo de uno de los regímenes contemplados en el TRLGSS y otro con cargo a Clases Pasivas. Al respecto, resulta determinante que la regulación del complemento por maternidad por aportación demográfica en clases pasivas regulada en disposición adicional 18ª del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, es coincidente con la del art. 60 TRLGSS.

A mayor abundamiento, el concepto de pensión pública se recoge en el artículo 42 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989[11] y comprende, entre

[11] El art. 42 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, dispone lo siguiente:
Artículo 42. Concepto de pensiones públicas.

(...)

otras, tanto las pensiones del Régimen de Clases Pasivas como las del Régimen General y Regímenes especiales, lo que determina que el sistema de Seguridad Social integra tanto el Régimen General y los Regímenes especiales regulados en el TRLGSS, como los regulados por leyes especiales, caso del Régimen de Clases Pasivas.

Además, entender que la unicidad del complemento juega sólo dentro de cada regulación, implicaría un trato discriminatorio, al hacer de mejor condición a los progenitores integrados en regímenes protectores diversos.

De lo expuesto, cabe concluir que el criterio de la unicidad del complemento por aportación demográfica sería también de aplicación en los supuestos en los que un progenitor es pensionista de un régimen regulado en el TRLGSS y el otro progenitor lo es del Régimen de Clases Pasivas.

Por otra parte, aunque es cierto que el complemento por maternidad premiaba la aportación demográfica, no hay que olvidar que, el complemento por maternidad se presenta como un instrumento cuyo objetivo principal es la reducción de la brecha de género que se produce como consecuencia de que históricamente las mujeres han visto reducida su capacidad de cotización -y, con ello, la cuantía de sus pensiones- por haber tenido hijos y asumido el rol de su cuidado, tal como revelan de forma rotunda los datos estadísticos.

Así lo ha reconocido tanto el TJUE que no ha declarado en la referida sentencia que esta finalidad sea ajena en su configuración como nuestro Tribunal Constitucional al identificar como objetivo del citado complemento el de *"... compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores"* (Fundamento Jurídico

1. Tendrán la consideración de pensiones públicas las siguientes:
a) Las abonadas por el Régimen de Clases Pasivas del Estado y, en general, las abonadas con cargo a créditos de la Sección 07 del Presupuesto de Gastos del Estado.
b) Las abonadas por el Régimen General y los Regímenes especiales de la Seguridad Social, las de la modalidad no contributiva de la Seguridad Social, las prestaciones económicas por ancianidad e incapacidad a favor de los españoles residentes en el exterior y las pensiones asistenciales por ancianidad para españoles de origen retornados.
c) Las abonadas por los Fondos Especiales de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas y de la Mutualidad General Judicial, o por las propias Mutualidades citadas, así como las abonadas por el Fondo Especial del Instituto Nacional de la Seguridad Social.
d) Las abonadas por los sistemas o regímenes de previsión de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales y por los propios entes.
e) Las abonadas por las mutualidades, montepíos o entidades de previsión social que se financien en todo o en parte con recursos públicos.
f) Las abonadas por empresas o sociedades con participación mayoritaria, directa o indirecta, en su capital del Estado, de las comunidades autónomas o de las corporaciones locales o de los organismos autónomos de uno y otras, bien directamente o mediante la suscripción de la correspondiente póliza de seguro con una institución distinta, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de ésta o bien por las mutualidades o entidades de previsión de aquéllas, en las que las aportaciones directas de los causantes de la pensión se complementen con recursos públicos, incluidos los de la propia empresa o sociedad.
g) Las abonadas por la Administración del Estado o por las comunidades autónomas en virtud de la Ley de 21 de julio de 1960 y del Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, así como los subsidios económicos de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona previstos en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos.
h) Cualesquiera otras no enumeradas en las letras anteriores, que se abonen total o parcialmente con cargo a recursos públicos.
2. No obstante, como excepción a lo preceptuado en el apartado 1 anterior, no tendrán la consideración de pensiones públicas las abonadas a través de planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivo, incluidos los formalizados por mutualidades de previsión social empresarial, promovidos por las Administraciones, organismos, entidades y empresas, a que se refiere la disposición final segunda del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, y en los términos en ella expresados.

tercero del auto 114/2018, de 16 de octubre), lo que viene a reafirmar que sea sólo uno de los progenitores quien perciba dicho complemento.

Con base en lo expuesto, en virtud de la anterior redacción del artículo 60 del TRLGSS, podrá reconocerse el complemento por maternidad al hombre o la mujer que reúna los requisitos necesarios. Si bien, **atendiendo al carácter unitario del complemento por maternidad, que determina que los hijos darán derecho al reconocimiento de un único complemento, sólo podrá reconocerse a uno de ellos, por lo que, en aquellos casos en los que el derecho ya haya sido ejercido por uno de los progenitores, se ha de denegar al segundo progenitor que lo solicite.**

2. Plazo de prescripción y efectos económicos.

Asimismo, el derecho al complemento por maternidad está sujeto a las siguientes condiciones en materia de prescripción y efectos económicos:

Según la anterior redacción del apartado 6 del artículo 60 del TRLGSS, *"El derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización."* Dicha sujeción no alcanza al plazo de prescripción a la que está sometido el complemento de maternidad. En consecuencia, cabe entender que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 53 del TRLGSS, por lo que prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate.

Los efectos económicos del reconocimiento se producirán, en todo caso, a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud, y nunca más allá del 17 de febrero de 2020, fecha de publicación de la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32.6 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público[12].

3.2. Complemento por maternidad, periodos de cotización asimilados por parto y beneficios por cuidado de hijos o menores. Supuestos en los que el nacido no llega a adquirir personalidad civil

Criterio de gestión: 24/2017, 30 de octubre, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica

Asunto:

Procedencia de la aplicación del complemento por maternidad previsto en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), de los periodos de cotización asimilados por parto previstos en el artículo 235[13] o de los beneficios por cuidado de hijos o menores previstos en el artículo 236[14] del

[12] El art. 32.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, dispone lo siguiente:
"Artículo 32. Principios de la responsabilidad
…
6. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa."

[13] El art. 235 LGSS, dispone lo siguiente:
"Artículo 235. Periodos de cotización asimilados por parto.
A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple."

[14] El art. 236 de la LGSS, dispone lo siguiente:

(...)

mismo texto legal, en aquellos supuestos en que el nacido no llegue a adquirir personalidad civil. Legalidad aplicable para determinar la adquisición de la personalidad civil.

Criterio de gestión:

-El bien jurídico protegido por el complemento por maternidad previsto en el artículo 60 del TRLGSS no es el hecho del parto en sí mismo, sino la necesidad de paliar las consecuencias negativas que las mujeres experimentan en su vida laboral -con el correspondiente reflejo en las prestaciones de la Seguridad Social- como consecuencia de tener hijos biológicos o adoptados; circunstancia que, por otra parte, constituye una aportación demográfica a la Seguridad Social fundamental para el sostenimiento del sistema de Seguridad Social cuya financiación está basada en el reparto.

En consecuencia, a efectos del reconocimiento de dicho complemento es necesario que el hijo nacido haya adquirido personalidad civil de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Código Civil (CC)[15].

-Por lo que se refiere a los beneficios por cuidado de hijos previstos en el artículo 236 del TRLGSS, su propia finalidad indica que su aplicación no es posible si el nacido no llega a adquirir personalidad civil. Criterio que se ve reforzado si se tiene en cuenta que se puede disfrutar por cualquiera de los progenitores aunque en caso de controversia se otorgue el derecho a la madre.

En consecuencia, a efectos de la aplicación de los beneficios por cuidado de hijos es necesario que el hijo nacido haya adquirido personalidad civil de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del CC.

-Los periodos de cotización asimilados por parto previstos en el artículo 235 del TRLGSS se computarán aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del CC para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días. Habida cuenta que la protección en este caso se dispensa con el mismo alcance que la cotización durante el descanso por maternidad de las trabajadoras o funcionarias en el momento del parto, se considera de aplicación lo previsto en el artículo 8.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

-En todos los supuestos examinados, la adquisición de personalidad civil vendrá determinada por lo previsto en el artículo 30 del CC en su redacción vigente en el momento del nacimiento.

"Artículo 236. Beneficios por cuidado de hijos o menores.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, se computará como periodo cotizado a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, aquel en el que se haya interrumpido la cotización a causa de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo cuando tales circunstancias se hayan producido entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación.

El período computable como cotizado será como máximo de doscientos setenta días por hijo o menor adoptado o acogido, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización.

Este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre.

2. En cualquier caso, la aplicación de los beneficios establecidos en este artículo no podrá dar lugar a que el período de cuidado de hijo o menor, considerado como período cotizado, supere cinco años por beneficiario. Esta limitación se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurran con los contemplados en el artículo 237.1."

[15] El Código Civil en su art.30 dispone lo siguiente:

"Artículo 30.

La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno."

3.3. Complemento de maternidad. Hijo biológico dado en adopción

Criterio 1/2018, de 1 de febrero, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica

Asunto:

Reconocimiento del derecho al complemento por maternidad previsto en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), en los casos de hijos biológicos dados en adopción.

Criterio de gestión:

El artículo 60 del TRLGSS, en su apartado primero indica:

"Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente. (...)".

Por otra parte, el artículo 178.1 del Código Civil establece:

"La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen."

Atendiendo a su tenor literal, el artículo 60 del TRLGSS utiliza la conjunción disyuntiva "o" para determinar la causa que da lugar al reconocimiento del complemento a favor de la mujer pensionista (tener hijos biológicos *o* adoptados*)* sin que, por otra parte, establezca un criterio de distribución de este complemento entre la madre biológica que entrega al hijo en adopción y la madre adoptiva.

Atendiendo a su finalidad, hay que partir de la premisa de que todo hijo adoptado ha tenido previamente una madre biológica. La aportación demográfica en sentido estricto se realiza por esta, por lo que tomando sólo en consideración este criterio no se justificaría la inclusión de la madre adoptiva como beneficiaria del complemento.

Por tanto, es necesario tener en cuenta que el complemento que nos ocupa es una medida de acción positiva que persigue, en último término, la igualdad material entre mujeres y hombres con el objeto de evitar los efectos perjudiciales que en el mundo laboral sufren las primeras con motivo de asumir una mayor dedicación en el cuidado y educación de los hijos (brecha salarial, "techo de cristal", mayor parcialidad en el empleo, mayores períodos de interrupción de la vida laboral por cuidados de hijos, etc).

Esta situación tiene efectos negativos directos en la promoción profesional y en las retribuciones que perciben las trabajadoras y, por tanto, efectos negativos indirectos en la cuantía de sus pensiones futuras, cuyo cálculo se va a efectuar a partir de dichas retribuciones. Por ello, la compensación va dirigida exclusivamente al colectivo de mujeres y se extiende no solo a las madres biológicas sino también por adopción.

Ahora bien, una vez constituida la adopción, la filiación del hijo -y la responsabilidad de su cuidado- queda determinada a favor de la madre adoptiva. Por tanto, es la madre adoptiva, y no la biológica, la mujer trabajadora a la que el precepto dispensa la protección paliando los efectos negativos de la discriminación laboral consecuencia del cuidado de los hijos. Esta discriminación no puede presumirse de la madre biológica que entrega al hijo en adopción. Por otra parte, no hay ningún obstáculo para considerar que el cuidado de los hijos adoptados es, en un sentido amplio, aportación demográfica al sistema de la Seguridad Social.

Por consiguiente, los hijos computables para determinar la cuantía del complemento por maternidad son aquellos cuya filiación esté determinada a favor de la beneficiaria de la pensión en

el momento del hecho causante, independientemente de que se trate de filiación biológica o por adopción.

3.4. Períodos de cotización asimilados por parto. Complemento de maternidad. Hijo nacido o adoptado en el extranjero

Criterio 27/2016, de 15 de diciembre, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica

Asunto:

Dónde debe haberse producido el nacimiento o, en su caso, la adopción de los hijos a efectos del reconocimiento del complemento por maternidad en las pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente (artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre -TRLGSS-) y del cómputo de los periodos de cotización asimilados por parto en las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente (artículo 235 del TRLGSS).

Criterio adoptado:

Esta Entidad asume la doctrina sentada la sentencia del Tribunal Supremo nº 525/2016, de 14 de junio, en cuya virtud los períodos de cotización asimilados por parto previstos en el artículo 235 del TRLGSS debe aplicarse independientemente del lugar en el que se haya producido el parto y, por tanto, también cuando este se haya producido en el extranjero. En todo caso, debe tenerse en cuenta que sólo cabe computar los días asimilados por parto de conformidad con lo previsto en este artículo si no se ha cotizado en España ni se han completado periodos de seguro en otro(s) Estado(s) durante la totalidad de las dieciséis semanas posteriores al parto o el periodo que corresponda en caso de parto múltiple.

Por otra parte, dado que los razonamientos que sirven de fundamento a la doctrina expuesta son igualmente de aplicación al complemento por maternidad previsto en el artículo 60 del TRLGSS, dicho complemento se reconocerá igualmente -de concurrir el resto de requisitos previstos- independientemente de que el nacimiento se haya producido en España o en el extranjero y, en el caso de la adopción, con independencia de la legalidad conforme a la cual se haya realizado la misma, siempre que con anterioridad al hecho causante de la prestación sobre la que se calcule el complemento y de conformidad con lo previsto en el artículo 9.5 del Código Civil, la adopción constituida por autoridades extranjeras haya surtido efectos en España con arreglo a las disposiciones de la Ley de Adopción Internacional.

3.5. Pensión de jubilación. Hecho causante. Complemento por maternidad

Criterio 9/2016, 30 de mayo, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica

Asunto:

Posibilidad de que, en el supuestos de mujeres cuyo cese en el trabajo se hubiera producido en el año 2015 reuniendo en ese momento los requisitos de edad y carencia para acceder a la pensión de jubilación, pero solicitaran la prestación en 2016, se pueda entender causado el derecho a dicha pensión en la fecha de la solicitud siempre que la trabajadora así lo solicite, accediendo a la prestación desde situación de no alta o, en su caso, de asimilada al alta, permitiendo de este modo lucrar el complemento por maternidad previsto en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Criterio adoptado:

Consultada la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social sobre el asunto de referencia, dicho Centro directivo ha emitido informe -que se adjunta al presente documento- pronunciándose en los siguientes términos.

El artículo 3.a) de la Orden de 18 de enero de 1967[16], por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social, fija el hecho causante de la pensión de jubilación el día del cese en el trabajo, y el artículo 90.a) de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos, lo fija para estos trabajadores el último día del mes en que se produce el cese en el trabajo[17].

En consecuencia, causada la pensión de jubilación en el momento del cese en el trabajo en 2015, es decir, en la condición de alta, no existe motivo alguno para reconocer la pensión desde situación de no alta o asimilada a la de alta cuando la pensión se solicita posteriormente en 2016, pues habiéndose producido ya el hecho causante el mantenimiento del derecho a la misma es imprescriptible.

Cuestión distinta a la expuesta se produciría si después de cesar en el trabajo en 2015, cumpliendo todos los requisitos de carencia y edad para obtener la edad de jubilación y fijado un hecho causante en ese momento, la trabajadora vuelve a trabajar en 2016, pues en ese caso sí que las circunstancias a tener en cuenta han cambiado y la situación a proteger es otra distinta, ya que tienen que computarse nuevas cotizaciones y debe tomarse en consideración una fecha de cese en el trabajo posterior, con lo que se conforma un nuevo hecho causante el cual determina la aplicación del régimen jurídico de la pensión de jubilación vigente en la fecha en que se produce.

3.6. Complemento por maternidad. Renuncia

Criterio 8/2017, 18 abril, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica

Asunto:

Posibilidad de renunciar al complemento por maternidad previsto en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS).

[16] El art. 3 de la Orden de 18 de enero de 1967, dispone lo siguiente:
"Artículo 3. Hecho causante.
Reunidas las condiciones señaladas en los apartados a) y b) del número 1 del artículo anterior, se considerará causada la pensión de vejez:
a) Para los trabajadores que se encuentren en alta, el día de su cese en el trabajo por cuenta ajena.
b) Para los trabajadores que se encuentren en alguna de las situaciones asimiladas a la de alta, el día que, para cada una de ellas, se determina a continuación:
a') En el supuesto de excedencia forzosa, el día del cese en el cargo que dió origen a la asimilación.
b') En el supuesto de traslado fuera del territorio nacional el día del cese en el trabajo por cuenta ajena.
c') En los demás supuestos, el día en que se formule la petición."

[17] El art. 90 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, dispone lo siguiente:
"Art. 90. Hecho causante.
La pensión de jubilación se entenderá causada:
a) Para quienes se encuentren en alta, el día en que surta efectos la baja en el régimen especial como consecuencia del cese en el trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.4 del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.
b) Para quienes se encuentren en alguna de las situaciones asimiladas a la de alta, el último día del mes en que tenga lugar la presentación de la solicitud.
c) Para quienes no se encuentren en alta ni en situación asimilada a la de alta, la pensión se entenderá causada el día de la presentación de la solicitud."

Criterio adoptado:

El artículo 3 del TRLGSS establece el principio de irrenunciabilidad de los derechos de la Seguridad Social. Sin perjuicio de dicho principio, esta Gestora viene admitiendo la renuncia a prestaciones de la Seguridad Social siempre que tenga por finalidad adquirir un derecho a otra prestación de Seguridad Social más favorable y que ello no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros (artículo 6.2 del Código Civil)[18].

De conformidad con lo previsto en el artículo 60 del TRLGSS, el complemento por maternidad tiene a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, por lo que, a juicio de esta Gestora, su carácter complementario respecto de una pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, no obsta para que se admita la renuncia a dicho complemento en los términos anteriormente indicados.

[18] El art. 6.2 del Código Civil, dispone lo siguiente:
"Artículo 6.
...
2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros."

Crónica Laboral de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Contratación laboral, principales modificaciones legislativas. La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Labor contract, main legislative amendments. The performance of the Labor and Social Security Inspection

JUAN DE DIOS FERNÁNDEZ LUPIÁÑEZ *Inspector de Trabajo y Seguridad Social*

Cita sugerida: FERNÁNDEZ LUPIÁÑEZ, J. D. "Contratación laboral, principales modificaciones legislativas. La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 3 (2022):* 297-315.

Resumen

Se señalan las modificaciones legales introducidas en el Estatuto de los trabajadores en materia de modalidades de contratación laboral por el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Se parte de la situación a fin de 2021, con unas elevadas tasas de contratación temporal, el 90% de los contratos iniciales celebrados, y la necesidad de revertir la situación. Tras analizar los principales cambios operados en la materia, se describe la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el control de la normativa, exponiendo las competencias, programación de objetivos, y el régimen sancionador.

Palabras clave

Contratos laborales; temporales; fijos; reforma 2022; Inspección de Trabajo y SS

Abstract

The legal modifications introduced in the Workers' Statute in terms of labor contracting modalities by Royal Decree Law 32/2021, of December 28, are indicated. The starting point is the situation at the end of 2021, with high rates of temporary hiring, 90% of the initial contracts concluded, and the need to reverse the situation. After analysing the main changes in the matter, the performance of the Labor and Social Security Inspection is described, in the control of the regulations, exposing the competences, programming of objectives, and the sanctioning regime.

Keywords

Labor contracts; temporary; permanent; reform 2022; Labor Inspection and SS

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se enmarca en la colaboración de la Escuela de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, ITSS) con la Revista Crítica de Relaciones Laborales, y considerando el cambio normativo en las modalidades de la contratación laboral que se ha producido en nuestra legislación con la promulgación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE del 30), que ha modificado el 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, BOE del 24 (en adelante, ET).

La denominada Reforma Laboral 2022 afecta, principal y muy resumidamente, a cuatro cuestiones:

- Contratación laboral.
- Contratas y subcontratas.
- Expedientes de regulación temporal de empleo.

Fecha Recepción: 24/05/2022 - Fecha Revisión: 31/05/2022 - Fecha Aceptación: 01/06/2022
Pags. 297-315

– Negociación colectiva.

Y dentro del apartado concreto de la contratación laboral, objeto de estudio de este artículo, también sintéticamente, la reforma laboral afecta a:

– Contratos formativos.
– Contratos temporales.
– Contrato fijo de obra.
– Contratos fijos discontinuos.

Uno de los principales objetivos de la reforma laboral es reducir la alta tasa de temporalidad que supera en doce puntos a la media comunitaria. No es una tarea fácil como lo demuestran los datos de mercado de trabajo, que reflejan una línea constante desde 1994 en el porcentaje de contratos indefinidos celebrados, del 10%. Y el 90% restante son contratos temporales. Porcentajes que se han mantenido prácticamente constantes a pesar de las numerosas reformas legales en esta materia en los últimos 30 años.

Así, datos del año 2021, se celebraron en España 19.384.359 contratos, con un peso bajo de la contratación indefinida (2.113.341) sobre la temporal (17.271.018).

Precisamente a este objetivo la reforma laboral introduce las medidas que se enumeran:

– se refuerza el contrato indefinido.
– se reducen a dos las modalidades de contratos temporales: eventual y por sustitución.
– se deroga el contrato temporal de obra y servicio determinado.
– se introduce un nuevo contrato indefinido adscrito a obras en el sector de la construcción.
– se amplía el ámbito de aplicación de los contratos fijos discontinuos.
– se penaliza la contratación temporal de menos de 30 días con una cotización adicional.
– se incrementa el importe de las sanciones por incumplimiento de la normativa, añadiendo que se comete una infracción por persona trabajadora afectada.

Asimismo, se aborda, una vez más, y ya son numerosas, una nueva regulación de los contratos formativos, que proporcione un marco idóneo para la incorporación de los jóvenes al mercado laboral, dada las altas cifras de desempleo en este colectivo, ya sea mediante contratos de formación en alternancia o de contratos para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios previos.

La norma ha previsto unos períodos de "*vacatio legis*" para la entrada en vigor de las modificaciones operadas en el nuevo contrato formativo y en la contratación temporal estructural, posibilitando un paso ordenado y respetando el principio de seguridad jurídica, desde el sistema anterior al nuevo.

Pues bien, tras la entrada en vigor de la reforma laboral, puede adelantarse que en las últimas estadísticas publicadas por el Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SEPE) correspondientes a abril 2022, el cambio ha sido espectacular, prácticamente se ha pasado a un 50% de fijos y un 50% de temporales.

Se ha considerado oportuno aludir en el presente trabajo a la intervención que tiene la ITSS en esta materia, por cuanto es una de las instituciones de la relación laboral en la que la actuación inspectora destaca cuantitativa y cualitativamente.

Por motivos de espacio, y dado lo extenso de las modificaciones introducidas, se hará referencia a las más innovadoras y que suponen cambios sustanciales.

A modo de resumen, el esquema de la contratación laboral en España queda así:

- Por la DURACION:
  - Indefinido:
    - Ordinario.
    - Adscritos a obras de construcción.
    - Fijo discontinuo.
    - Fomento de empleo.
  - Temporal:
    - Eventual por circunstancias de la producción (2 modalidades).
    - Por sustitución.
    - Relevo.
    - Fomento de empleo.
- FORMATIVOS:
  - Formación en alternancia.
  - Para la obtención de la práctica profesional.
- Por la JORNADA DE TRABAJO:
  - Tiempo completo.
  - Tiempo parcial.
- RELACIONES LABORALES DE CARÁCTER ESPECIAL: hay que estar a la regulación específica en cada caso.

2. ANÁLISIS DE LA REFORMA LABORAL EN MATERIA DE CONTRATACION LABORAL

2.1. Contratos formativos

En el artículo 11 del ET se aborda una nueva regulación de los contratos formativos, aunque dicho artículo haga referencia en singular al "contrato formativo", para poner de manifiesto que la finalidad formativa debe ser el punto de referencia principal de las dos modalidades:

- Contrato de formación en alternancia (que sustituye al contrato de formación y aprendizaje).
- Contrato formativo para la obtención de la práctica profesional (que sustituye al anterior contrato en prácticas).

La exposición de motivos de la norma nos da como idea fundamental de estas modalidades la de proporcionar un marco idóneo para la incorporación de jóvenes al mercando laboral, idea que se repite respecto de anteriores regulaciones (es la modalidad contractual que más cambios ha experimentado), y se persigue incrementar las cifras de los extintos contratos de prácticas y de formación y aprendizaje. Sus cifras son residuales hasta la fecha, tan solo representaron en los años 2020 y 2021, un 0,32% y un 0,15% (formación y prácticas, respectivamente) del monto global de contratos.

Estos nuevos contratos responden a un deseo e interés de activar la contratación de jóvenes, siguiendo, en un caso el modelo dual alemán de tan buenos resultados en ese país y, de otro, que la formación teórica recibida pueda ser aplicada en el mundo laboral. Por tanto, la filosofía y finalidad de estos contratos es loable. Y a ello apunta la importante bonificación de cuotas a la SS, que puede llegar al 100% en el contrato de formación en alternancia, lo que le hace muy atractivo para la empresa, al tener coste cero de SS. A cambio, la empresa ha de ser cumplidora de distintos requisitos, destacando lo relativo a los aspectos formativos, respetando los tiempos que ha de dedicar el trabajador a la enseñanza teórica, que no puede ni debe sustituir por trabajo efectivo, amén de la figura real y efectiva del tutor.

Es uno de los contratos bonificados en que la actuación inspectora es más frecuente y necesaria, por cuanto la verificación de los requisitos ha de hacerse *in situ*, mediante visita al centro de trabajo y analizando documentación y testimonios de trabajador, tutor, y otros testigos.

A continuación, analizaremos los principales cambios respecto de la legislación anterior a la reforma:

CONTRATO DE FORMACIÓN EN ALTERNANCIA.

Objeto: Compatibilizar actividad laboral retribuida con procesos formativos en el ámbito de la FP, los estudios universitarios o el Catálogo de especialidades formativas del SNE.

Sujetos / edad: Sin titulación para celebrar contrato de formación para la práctica profesional (posibilidad en otra titulación, siempre que no haya tenido otro contrato formativo previo en una formación del mismo nivel formativo y del mismo sector productivo).

Menores de 30 años (excepción: discapacitados). Antes la edad máxima era 25 años.

Disposición Adicional ª Ley Empleo: prevé que AAPP y entidades sin ánimo de lucro contraten a menores de 30 años (programas de activación de empleo para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral).

Tiempo de trabajo: Posibilidad tiempo parcial (antes no prevista). Tiempo de trabajo: no superior al 65% de la jornada el primer año ni superior al 85% el segundo año, de la jornada máxima según convenio colectivo o máxima legal. Compatible con el tiempo para las actividades formativas en el centro de formación (35% - 15%).

Prohibición total: horas extraordinarias y horas complementarias (salvo Fuerza Mayor).

Prohibición relativa: trabajos nocturnos y a turnos (salvo que por la naturaleza de la actividad no pueda realizarse de otra forma). Antes se prohibía esta posibilidad.

Duración: La prevista en el plan o programa formativo. Mínimo 3 meses y máximo 2 años, continuados o alternos. Antes la duración era de 1 año a 3 años. La reducción a 3 meses permitirá incrementar el número de contrataciones.

Puede celebrarse de forma no continuada (ejemplo, periodos anuales coincidentes con los estudios).

Retribución: Según convenio colectivo, pero la retribución no podrá ser inferior al sesenta por ciento el primer año ni al setenta y cinco por ciento el segundo, respecto de la fijada en convenio (en proporción al tiempo de trabajo efectivo).

Garantía absoluta: SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

Limitaciones / prohibiciones. No se puede pactar período de prueba. No cabe el contrato cuando la actividad o puesto de trabajo haya sido desempañado con anterioridad en la misma empresa (cualquier modalidad) más de 6 meses (antes eran 12 meses).

Aspectos formativos. Plan formativo Individual: elaborado con la participación de la empresa y los centros de FP, entidades formativas acreditadas. Calendario, actividades, contenido de

la formación. La formación teórica se dispensa por la entidad formativa o la propia empresa. La actividad desempeñada debe estar directamente relacionada con las actividades formativas que justifican la contratación. TUTORES: uno lo designa la empresa (con formación y experiencia) y otro lo designa el centro o entidad de formación. Es una materia en la que hay que esperar al desarrollo reglamentario.

CONTRATO FORMATIVO PARA LA OBTENCIÓN DE LA PRÁCTICA PROFESIONAL.

SUJETOS / EDAD. Quienes estuviesen en posesión de un título universitario o de un título de grado medio o superior, especialista, master profesional o certificado del sistema de FP, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, así como con quienes posean un título equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral. No hay requisito de edad. Dentro de los 3 años siguientes a la finalización de los estudios (5 para personas con discapacidad). Antes de la reforma eran 5 y 7 años respectivamente.

Duración. Mínimo 6 meses y máximo 1 año (antes el máximo era de 2 años). Los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán determinar su duración.

Tiempo de trabajo. Prohibición horas extraordinarias (salvo Fuerza Mayor). No se prohíben horas complementarias. A tiempo completo o a tiempo parcial.

Retribución. Según convenio colectivo. En su defecto, la fijada en convenio colectivo para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desarrolladas. Pero no inferior a la retribución mínima fijada para el contrato de formación en alternancia ni al SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Antes de la reforma: entre 60% y 75% (1º ó 2º año) del salario del convenio.

Aspectos formativos. El puesto de trabajo deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación objeto del contrato. Plan Formativo Individual: elaborado por la empresa se especificará el contenido de la práctica profesional. Tutor: lo designa la empresa con formación y experiencia, para el seguimiento del plan y correcto cumplimiento del contrato. Antes de la reforma no había tutor ni plan formativo individual.

Limitaciones / prohibiciones. Puede pactarse un período de prueba, duración 1 mes máximo, salvo lo dispuesto en convenio colectivo (antes de la reforma el periodo de prueba podía llegar hasta los 3 meses). No cuando se haya obtenido experiencia profesional o realizado actividad formativa en la misma actividad dentro de la empresa por duración superior a 3 meses (no computan prácticas que formen parte del currículo para la obtención del título).

Dada la ausencia de desarrollo reglamentario. y ante dudas que suscita la nueva regulación, con fecha 29 de marzo de 2022, el SEPE publicó una nota Informativa, aclarando algunos aspectos, como que queda sin efecto la autorización previa del Servicio Público de Empleo, al inicio de la actividad formativa del contrato, los nuevos modelos de contratos, la incorporación como anexos del acuerdo de colaboración entre la empresa y la entidad formativa (en los contratos de formación en alternancia), o del plan formativo individual (caso de los contratos para la obtención de la práctica profesional).

2.2. Contratos de duración determinada

Como antes se indicó, en las estadísticas del SEPE, la contratación temporal, en cifras redondas y a modo de resumen, suponía antes de la reforma laboral 2022 aproximadamente el 90% del total de contratos, de los que, a su vez, casi un 40% fueron de obra o servicio, muy a la par fue el contrato eventual con un poco más de un 42%, quedando tan solo un poco más de un 7% para el contrato de interinidad.

El Real Decreto-ley 32/2021 deroga el contrato temporal de obra o servicio determinado, modifica aspectos del contrato eventual por circunstancias de la producción, que pasa a tener 2 submodalidades; y se cambia la denominación del contrato de "interinidad" que pasa a llamarse contrato por "sustitución".

Merece reseñar que el artículo 15 del ET empieza ya destacando 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*".

La dicción anterior aludía a que "*El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada*". Desaparece, pues, la disyuntiva, otorgando una clara preferencia al contrato indefinido.

CONTRATO EVENTUAL POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN

Coincide con su antecesor en la duración máxima de 6 meses y que pueden llegar a los doce meses, si se pacta en convenio colectivo sectorial, con la posibilidad de una prórroga, pero sin superar el inicial y su prórroga los doce meses de duración. Lo que sí desaparece es el periodo de ejecución del contrato que podía llegar hasta los dieciocho meses, pero siempre que no se superasen las tres cuartas partes del periodo de referencia, ni como máximo los doce meses.

El contrato eventual tiene dos modalidades:

a/ Para atender 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, siempre que no respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1 de acudir a la figura del fijo discontinuo.

Resuelve el problema de su concertación durante las vacaciones anuales, que a lo largo del tiempo ha pasado por la modalidad de interinidad, y luego por el contrato eventual, que la jurisprudencia había rechazado, al ser las vacaciones situación previsible. Pero ahora la norma consagra esta modalidad para este supuesto, al calificarlas como "oscilaciones".

b/ Para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada en los términos previstos en este párrafo. Las empresas solo podrán utilizar este contrato un máximo de noventa días en el año natural, independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato. Estos noventa días no podrán ser utilizados de manera continuada. Las empresas, en el último trimestre de cada año, deberán trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras una previsión anual de uso de estos contratos.

Así como la primera modalidad es equivalente a la anterior a la reforma, la segunda modalidad tiene una redacción que hace que la doctrina no se ponga de acuerdo en su significado e interpretación. No hay que olvidar que el texto fue objeto de amplio debate por los interlocutores sociales, y que al final se llegó a un acuerdo, y en estos casos de textos aprobados a última hora, se opta por una falta de claridad, deliberada, en la terminología empleada. Serán finalmente los tribunales de justicia los que dictaminen qué supuestos encajan y cuáles no.

En cuanto al ámbito de aplicación de la posibilidad de las contrataciones de hasta 90 días al año (empresa, centro de trabajo, sección o departamento), parece lógico, aunque no se especifique nítidamente en la norma, que debe ser el centro de trabajo.

En todo caso, puede apuntarse que esta modalidad tiene una cierta razón de ser, además de en el sector comercial, en la hostelería, en la que puede haber ocasiones previsibles, piénsese por ejemplo en atender a los viajes del IMSERSO, a los periodos estivales en los que se superen los límites de ocupación. Son todas ellas, situaciones ocasionales, previsibles y de corta duración.

Una limitación más que pone la norma, es que no se utilicen los noventa días de forma ininterrumpida, lo cual conduce a varios contratos, al menos, han de ser dos (de 89 y 1 día, como ejemplo).

Se refuerza la intervención de la representación del personal para que vele por la correcta utilización del contrato, al disponerse que en el último trimestre del año se le dará por la empresa, la "previsión anual de estos contratos", entendiéndose que si se alteran las previsiones, de forma justificada, no habrá responsabilidad empresarial y, lo contrario, en el caso de que no estén justificadas, por lo que la empresa deberá elaborar un documento preciso con las previsiones que tenga de plantilla, en función de sus necesidades.

El artículo 15.2 ET prohíbe el contrato eventual para la realización de trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa. Con esta premisa, se está extendiendo la prohibición que declararon los tribunales del contrato de obra al contrato eventual por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29.12.2021. Pero no se cierra la puerta a su utilización de forma absoluta, si concurren las circunstancias antes explicadas que pueden justificar la utilización del contrato eventual. Es decir, se hace referencia al incremento ocasional o al desajuste organizativo no previsibles que puedan justificarlo.

CONTRATO DE SUSTITUCIÓN

Una simple observación de la redacción previa y de la actual del artículo 15.3 ET, permite identificar el motivo del contrato, que es el poder suplir a un trabajador que tiene derecho de reserva de puesto de trabajo (ejemplo, incapacidad temporal, excedencia por cuidado de menores o de ascendientes, ejercicio de un cargo público o sindical, etc.), especificando la identidad del sustituido y la causa de la sustitución.

Importante novedad, quizás la más sobresaliente de la reforma es que permite la simultaneidad en el mismo puesto de trabajo del sustituto y del sustituido durante un máximo de quince días, con lo que se puede poner al día el sustituto en los asuntos de la persona que va a suplir. De esta manera, conoce de forma directa las tareas y funciones que va a desarrollar de la mano de la persona sustituida.

ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES

Se ha operado una reducción del periodo necesario para adquirir la condición de fijeza contractual tras la prestación temporal de servicios, reduciendo aquél a veinticuatro meses frente a los treinta anteriores y la contratación mediante dos o más contratos por necesidades de la producción durante dieciocho meses, frente a los veinticuatro con anterioridad.

Pero junto a la fijeza por encadenamiento de contratos respecto de una persona trabajadora, el legislador ha incorporado al ET lo que ya la jurisprudencia había declarado, esto es, que las reglas que prohíben el encadenamiento de contratos temporales también tiene como referencia el "puesto de trabajo", con independencia del número de personas trabajadoras que lo hayan ocupado sucesivamente, más de 18 meses en un periodo de 24 meses.

ASPECTOS COMUNES A LOS CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA

Se completa la reforma con menciones específicas a una ampliación de los derechos de información de la representación legal de los trabajadores, y a la posibilidad de que en los convenios colectivas se incluyan acuerdos y previsiones en distintos aspectos de la contratación temporal.

A título de ejemplo, el trabajador puede solicitar por escrito del Servicio Público de Empleo competente que certifique los contratos de duración determinada o temporales del trabajador, para que pueda invocar su nueva situación en la empresa.

En este supuesto, el Servicio Público emitirá un documento a la empresa del trabajador afectado y, además, y esto es novedoso, también a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si se han superado los límites máximos temporales establecidos.

COTIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CORTA DURACIÓN

En un documento elaborado por el Ministerio Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, se señala que en el año 2020 un 20% de los contratos tienen un solo día de alta en SS, un 33% sólo duran cinco días o menos. Por este motivo, se ha incorporado una reforma al artículo 151 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS) de manera que se penaliza la excesiva rotación de los trabajadores con contrato temporal inferior a 30 días, con una cotización adicional de 26,57 € a cargo del empresario y a la finalización de este.

Su importe se fija multiplicando por tres la cuota resultante de aplicar a la base mínima del grupo 8 de cotización, el tipo general de contingencias comunes empresariales.

Dicha cotización no se aplicará a los contratos celebrados con trabajadores de los Sistemas Especiales de Empleados de Hogar, de cuenta ajena agrario, del Régimen Especial de la Minería del Carbón y sobre el contrato de sustitución.

Dada la ausencia de desarrollo reglamentario. y ante dudas que suscita la nueva regulación, con fecha 29 de marzo de 2022, el SEPE publicó una nota Informativa, aclarando algunos aspectos sobre determinados contratos temporales:

- Contratos vinculados a programas de activación para el empleo (DA 9ª Texto Refundido Ley de Empleo): nuevos modelos de contratos con los códigos 405 y 505, con una duración máxima de doce meses. Que se denominan “contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral”.
- Contratos en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y fondos de la Unión Europea (DA 5ª RD Ley 32/2021 citado)): nuevos modelos de contratos con los códigos 406 y 506, con una duración por el tiempo necesario para la ejecución de proyectos o programas d carácter temporal financiados con Fondos de la Unión europea. Que se denominan “contratos de duración determinada vinculados a programas financiados con fondos europeos”.
- Contratación del personal docente e investigador de Universidades a que se refieren los artículos 48 y siguientes de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades: nuevos modelos de contratos con los códigos 409 y 509.
- Contrato artístico de duración determinada de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares (Real Decreto Ley 50/2022 de 22 de marzo): nuevos modelos de contratos con los códigos 407 y 507.
- El modelo de contrato indefinido no sufre ninguna variación.

2.3. El contrato fijo discontinuo

Es bastante generalizado el sentir de los especialistas en afirmar que con los cambios introducidos en el artículo 16 ET, el nuevo contrato fijo discontinuo está concebido como el “refugio” o “válvula de escape”, o “cajón de sastre” al que deberán acudir las empresas, en múltiples ocasiones, ante las restricciones a la contratación temporal de la nueva regulación. Particularmente por la derogación del contrato de obra o servicio determinado.

Hay que resaltar que se produce un cambio notorio en los supuestos de utilización de esta modalidad contractual, ligada tradicionalmente a los trabajos de temporada o cíclicos o estacionales, repetidos cada año, en la misma fecha, o aproximada. Como novedad se añade que pasa a ser también un contrato que habilita a las Empresas de Trabajo Temporal para poder ceder a sus trabajadores a las empresas usuarias.

Este supuesto clásico de fijos discontinuos para actividades cíclicas se mantiene, pero se amplía a dos más:

- Trabajos que no tengan dicha naturaleza de temporada, pero su prestación es intermitente y con periodos de ejecución ciertos, determinados o determinables. Una vez más, la redacción es confusa y se presta a diversas e incluso contradictorias interpretaciones. La actividad no se desarrolla continuadamente todo el año, se ve interrumpida por uno o varios períodos de inactividad, pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad.
- Actividades ligadas a una contrata mercantil o administrativa, circunstancia que estaba implícita en el contrato de obra hasta la nueva doctrina del Tribunal Supremo de 29.12.2020 y que prohíbe "taxativamente" el Art. 15.2 del ET para los nuevos contratos temporales de circunstancias de producción o de sustitución. Los periodos entre la finalización de una contrata y el inicio de la siguiente se denominan de "inactividad" y son periodos de espera. La duración de la inactividad puede venir determinada por un convenio sectorial y, en defecto de este la duración será de tres meses. Esto supone, que convencionalmente se puede sobrepasar los tres meses de duración. Superados los plazos de espera, la empresa debe tomar medidas temporales (suspensión de contratos, medidas de flexibilidad laboral) o definitivas (extintivas).

Normas comunes.

Como en el caso de los contratos temporales, se amplía el recurso a la negociación colectiva, y se refuerzan los derechos de la representación legal de los trabajadores, y de los propios trabajadores fijos discontinuos: como ejemplo, para el cálculo de su antigüedad (por todo el periodo de su relación laboral y no por el tiempo de prestación de servicios).

2.4. El contrato indefinido adscrito a obras de construcción

Este contrato no se regula en el Estatuto de los Trabajadores, dado que la DA 3ª del ET se remite en el contrato y negociación colectiva a lo dispuesto en la DA 3ª de la Ley 32/2006, 18 de octubre, de Subcontratación en el Sector de la Construcción.

Dichos contratos tienen la naturaleza de indefinidos y su finalidad está limitada a las obras de construcción. Para saber los tipos de obras que incluye, es precisa una remisión al ámbito funcional del Convenio General de la Construcción (artículo 3 y Anexo I) publicado en el BOE del 26.9.2017. Por tanto, una empresa del sector del metal, que esté subcontratada en una obra, no puede concertar esta modalidad contractual. Además, se excluye al personal de estructura (ejemplo, administrativos), aunque en obras de larga duración es frecuente encontrar a personal de oficinas a pie de obra, en cuyo caso, en mi interpretación, también cabría su celebración.

El contrato de "fijo de obra" al que se remitía la redacción previa de la DA 3ª citada, estaba regulado en el artículo 24 del Convenio General de la Construcción, permitiendo que, con un solo contrato, el trabajador pudiera prestar sus servicios en distintos centros de trabajo de la empresa y, en la misma provincia, durante un periodo máximo de tres años.

A pesar de que la Ley 32/2006 ya fijó un mínimo del 30% de fijeza en las plantillas, la realidad es que es un sector con alta temporalidad.

Con la reforma no caben contratos temporales, pero siendo consciente el legislador de que las obras de construcción tienen una duración limitada en el tiempo, se ha articulado un sistema que haga compatibles fijeza del contrato con la aludida temporalidad consustancial a las obras: se introduce una obligación para las empresas, a la conclusión de la obra, en ofrecer al trabajador una propuesta de recolocación, previo desarrollo si fuera preciso, de un proceso de formación que será a cargo de la empresa, lo cual es lógico porque toda la formación debe ser gratuita al trabajador y retribuida para el empleado.

Se entenderá por finalización de las obras y servicios la terminación real, verificable y efectiva de los trabajos desarrollados por esta.

Asimismo, tendrán la consideración de finalización de obra la disminución real del volumen de obra por la realización paulatina de las correspondientes unidades de ejecución debidamente acreditada, así como la paralización, definitiva o temporal, de entidad suficiente, de una obra, por causa imprevisible para la empresa y ajena a su voluntad.

Una vez comunicada la finalización de obra y la propuesta de recolocación, será su plasmación por escrito y su anexado al contrato fijo. De esta manera se reconoce el carácter indefinido de la relación y que la propuesta es una especie de modificación sustancial del contrato que permitirá al trabajador aceptarla o no.

El contenido de la propuesta se expondrá por escrito e indicará el lugar de la nueva obra, la fecha de incorporación, así como las acciones formativas a llevar a cabo.

El plazo para ofertar la propuesta al trabajador es de quince días previos a la finalización de la obra en la que preste servicios.

Es en este instante, cuando el contrato indefinido adscrito a obra puede extinguirse por razones que afectan a la persona trabajadora. Los motivos son:

- El rechazo del trabajador a la recolocación.
- El trabajador no está cualificado, incluso después de la formación, bien por no alcanzar el nivel suficiente, bien porque existe un exceso de personal de la empresa capaz para desarrollar esas nuevas actividades.
- La no existencia en la provincia de contratación del trabajador de obras de la empresa acordes con su cualificación, nivel o función y grupo profesional una vez que se haya analizado su cualificación y posibilidades de recalificación.

En el primer caso, el rechazo o aceptación del trabajador a la recolocación lo debe expresar por escrito a la empresa, con siete días desde que tuvo conocimiento. En el caso de no contestar por escrito en el plazo indicado se entenderá que renuncia a la recolocación.

De los tres casos expuestos, los dos últimos, deben ser anunciados por la empresa al trabajador afectado con quince días de antelación. Esto quiere decir, que en la misma propuesta de recolocación se añadirá que no es posible la continuidad, por alguna de las dos causas señaladas.

En último caso, la extinción del contrato indefinido por causas imputables al trabajador es puesta en conocimiento de los representantes legales de los trabajadores, con una antelación de siete días a su efectividad.

En los tres casos de renuncia a la recolocación, el trabajador tiene derecho a la indemnización del 7% sobre todos los conceptos salariales del convenio.

La situación de extinción del contrato, por motivos inherentes a la persona del trabajador, se considera como situación legal de desempleo, a los efectos del artículo 267.1 de la LGSS. Por tanto, no se considera como “baja voluntaria” el rechazo a la propuesta de recolocación.

Asimismo, a diferencia de la regulación general, cuando termina la obra, si no hay posibilidad de recolocación, se aplica el régimen extintivo específico y peculiar descrito, lo que ha hecho que algunos autores critiquen que no jueguen las reglas ordinarias del despido colectivo regulado en el artículo 51 ET, y ello con independencia del número de trabajadores afectados.

3. ACTUACIONES DE LA ITSS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN LABORAL

3.1. Competencias en materia de control de la contratación temporal

El artículo 1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, considera al Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como "el conjunto de principios legales, normas, órganos, personal y medios materiales, incluidos los informáticos, que contribuyen al adecuado cumplimiento de la misión que tiene encomendada. Constituye un servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, conciliación, mediación y arbitraje en dichas materias".

Las normas del orden social comprenden las relativas a materias laborales, de prevención de riesgos laborales, de seguridad social y protección social, colocación, empleo, formación profesional para el empleo y protección por desempleo, economía social, emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el empleo, así como cuantas otras atribuyan la vigilancia de su cumplimiento a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El ámbito de actuación de la ITSS abarca, pues la práctica totalidad de materias en que se desarrolla la relación laboral, y la relacionada específicamente con la contratación se incluye tradicionalmente en lo que en las referencias de la ITSS denominamos como "relaciones laborales".

Son tres funciones básicas las que despliega la ITSS:

- vigilancia del cumplimiento de las normas y exigencia de las responsabilidades pertinentes.
- asesoramiento y asistencia técnica.
- conciliación, mediación y arbitraje.

Pues es en la primera de las citadas en la que se actúa más frecuentemente, no pudiendo dejar de reseñar que, en la ordinaria actividad inspectora, también se asesora e informa sobre la modalidad contractual que corresponda en relación al supuesto de hecho objeto de la consulta, asesoramiento la mayoría de las veces verbal, en el curso de una visita de inspección.

Es a su vez la materia de la contratación laboral una faceta de la relación laboral en la que interviene también con frecuencia la jurisdicción social, que es la que en definitiva puede declarar la fijeza del contrato temporal fraudulento.

Las menciones específicas a la contratación laboral en la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social las encontramos en el artículo 12, que establece que "La función inspectora, que será desempeñada por funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en su integridad, y por los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores Laborales, en los términos establecidos en esta ley, comprende los siguientes cometidos:

1. De vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos, en los siguientes ámbitos:

a) Sistema de relaciones laborales.

1.º Normas en materia de relaciones laborales individuales y colectivas".

Es el artículo 14.2.c) el que introdujo en la normativa la competencia del Cuerpo de Subinspectores Laborales (de la Escala de Empleo y SS) de comprobación del cumplimiento de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales (que hasta la fecha de entrada en vigor de la citada Ley 23/2015 estaba reservada a los Inspectores de Trabajo y SS).

Una de las razones que determinaron esta ampliación de competencias al control de las modalidades contractuales a los Subinspectores de Empleo y SS fue la de posibilitar contar con más efectivos en la fiscalización de esta materia, dado el altísimo número de contratos que se celebran cada año en España, y siendo generalizada la percepción de que en muchos casos se transgredía la norma, especialmente en la causalidad de los contratos temporales.

Al respecto, puede citarse que, conforme a la Memoria de Actividades de la ITSS 2020, a finales de este año, el Sistema de ITSS contaba con 1.015 Inspectores y con 950 Subinspectores (cifra que va en paulatino aumento, al incluirse plazas de nuevo ingreso en las ofertas públicas de empleo de cada año).

La ITSS cuenta con Unidades Especializadas en determinadas materias, señaladamente en prevención de riesgos laborales, y en Seguridad Social. Son las respectivas Inspecciones Provinciales las que organizan la distribución de las Órdenes de Servicio entre los actuantes, pero es tónica general que los expedientes se asignen a los inspectores y subinspectores que no forman parte de estas Unidades Especializadas, de actuación "generalista".

Debe resaltarse también el esfuerzo del Organismo Estatal ITSS en la formación y el reciclaje de los funcionarios. Dentro del Programa de Formación a los funcionarios de nuevo ingreso, que desarrolla la Escuela de la ITSS, como última fase de la oposición, se incluye siempre la "contratación laboral", de forma que cuando se incorporen a sus destinos, ya como funcionarios de carrera, tengan una visión más práctica de los cometidos inspectores, complementando la teoría estudiada en el temario de la oposición. Y lo propio cabe decir respecto de los funcionarios que ya pertenecen al Sistema, pues los cambios normativos y el reciclaje profesional son imprescindibles, por lo que se programan cursos y talleres todos los años, presenciales y on line.

Y como complemento se cuenta en la intranet de la ITSS con el "Foro del Conocimiento", en el que pueden consultarse sentencias, criterios técnicos, consultas emitidas por la ITSS y por la Dirección General de Trabajo del Ministerio, muy útiles para resolver dudas, dada la variada casuística que se encuentra en la práctica inspectora.

3.2. Desarrollo y programación de las actuaciones inspectoras

El artículo 20 de la Ley 23/2015 señala que la ITSS actuará siempre de oficio, como consecuencia de orden superior, de orden de servicio derivada de planes o programas de inspección, a petición razonada de otros órganos, por propia iniciativa, o en virtud de denuncia.

También se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 28 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que prevé que la Inspección programe su actuación según los objetivos que determinen las autoridades competentes, pudiendo ser estos de ámbito general o territorial, en atención a su carácter y ámbito espacial de desarrollo.

En el caso de los objetivos de ámbito general, se derivan de las líneas de acción definidas por el Consejo Rector del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, formado por representantes de Organismos de la Administración General del Estado y de todas las Comunidades Autónomas (pero también pueden ser establecidos por la Unión Europea a través de su Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo).

Y en el caso de los objetivos territoriales, estos se fijan por las Comisiones Operativas u otros órganos de cooperación bilateral de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en las que

está representada la Administración General del Estado y las Autoridades Laborales de cada una de las Comunidades Autónomas.

Dentro de la estructura organizativa de la ITSS, las competencias relacionadas con la contratación laboral se asumen por la Subdirección General para la Coordinación de la Inspección en el Sistema de Relaciones Laborales.

La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de contratación tiene una larga tradición. No es una faceta de las relaciones laborales nueva, sino que en la larga tradición de las actuaciones inspectoras siempre se incidió en el control de la legalidad de los contratos en general, no sólo de los temporales.

Como se ha indicado, en el Plan Integrado de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para cada año se incluye en la materia "Empleo y Relaciones Laborales", el Programa 2.1.1 denominado "Contratos temporales".

Conviene recordar que la Disposición Adicional 16.2 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE del 18), encomendó incluir en el Plan Integrado de Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con carácter de objetivos de alcance general, un Plan específico para el control de los contratos temporales sin causa e impulso a su transformación en indefinidos, y de control de los contratos formativos:

"La Inspección de Trabajo y Seguridad Social incluirá en su Plan Integrado de Actuación con carácter de objetivos de alcance general, los planes específicos siguientes: …/…

b) Control de los contratos temporales sin causa e impulso a su transformación en indefinidos.

c) Control de la correcta utilización de los contratos formativos y de las prácticas no laborales en las empresas…/…".

En este contexto, todos los años se viene incluyendo en la Programación de Actuaciones, tanto por parte del Ministerio de Trabajo y Economía Social como por parte de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, la vigilancia del cumplimiento de la normativa en esta materia, fijándose actuaciones para cada Inspección provincial, y cuantificándose Objetivos de transformación de contratos temporales en fraude de ley en indefinidos, actuación de carácter cualitativo, de mejora de la calidad del empleo, con resultados muy positivos, y que remarcan la labor de la Inspección de Trabajo y SS, sin necesidad de imposición de sanciones, parámetro por el que suele medirse su actividad casi en exclusiva.

Las inspecciones pueden tener su origen en las reclamaciones y denuncias que formulen los trabajadores, los representantes sindicales, o cualquier ciudadano (el artículo 20.4 de la Ley 23/2015 dispone que la acción de denuncia del incumplimiento de la legislación de orden social es pública), pero es lo más frecuente que se lleven a cabo previa programación.

En efecto, mediante la explotación de las bases de datos, especialmente de la SS y del SEPE, pues al comunicarse los datos de las altas en SS, y de las contrataciones realizadas, se dispone de una información valiosa, y muy fiable, de suerte que el personal inspector puede dirigir sus miras hacia empresas que el sistema informático ha seleccionado con los supuestos de fraude (ejemplo, con gran número de contratos temporales en relación al total de la plantilla, con contratos formativos, con alto número de contratos a tiempo parcial, con contratos en los que se han superado los límites máximos temporales).

Las actuaciones desde el Organismo Estatal ITSS, en dichas materias, se han llevado a cabo en dos fases:

- Una primera fase de detección de posibles situaciones de fraude a través de la Herramienta de Lucha contra el Fraude en materia de contratación temporal. Las empresas con posibles situaciones de fraude fueron objeto de una comunicación por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, informándoles de los datos obtenidos, instándoles a revisar su situación, y advirtiéndoles de la realización de actuaciones inspectoras de comprobación en caso de no regularización.
- Tras esta primera fase informativa en la que se insta a la regularización voluntaria, se abre una segunda fase de comprobación de las modificaciones realizadas por los sujetos responsables a través de la Herramienta de Lucha contra el Fraude. Aquellas empresas que continuaban con la situación inicial, o solo la habían modificado parcialmente, se remiten a las Inspecciones Provinciales para la comprobación de tales extremos, exigiendo en su caso las correspondientes responsabilidades.

En el contexto de la Programación de actuaciones, resulta necesario aludir al Plan Estratégico de la ITSS 2021 - 2022 - 2023.

En el BOE de 3 de diciembre de 2021 se publicó la 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.

En el preámbulo se recoge que, en el periodo comprendido entre agosto de 2018 y junio de 2020, la intervención de la ITSS consiguió, en actuaciones en las que se comprobaron situaciones de fraude, convertir en indefinidos 323.026 contratos temporales y ampliar la jornada de 72.945 contratos a tiempo parcial. Y se recogen datos de la excesiva temporalidad en el mercado de trabajo en España.

Es por ello que, para corregir esta situación, en el citado Plan, en el Eje 1 (Contribuir a la mejora de la calidad del empleo, la garantía de los derechos de las personas trabajadoras, la lucha contra la precariedad y el fraude en materia laboral y de seguridad social y la igualdad efectiva entre hombres y mujeres), se recoge la Actuación 1.3 que lleva como rúbrica "Fraude en materia de contratación":

Se indica que esta actuación va a ser objeto de un reforzamiento de la intervención de la ITSS, en los términos que se desarrollan más adelante (actuación 15.1 del presente Plan). Con ello se contribuirá a materializar el Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España, concretamente el C23.R4.

Se reorientarán las campañas actuales, dirigidas a convertir los contratos en indefinidos, exigiéndose también responsabilidades con mayor contundencia.

A tal efecto, se modificará el vigente Criterio Técnico sobre contratación temporal, así como para adaptar el mismo a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia 1137-2020, de 29 de diciembre) considerando contrarios a derecho los contratos de obra o servicio determinados cuya causa se vincula a la duración de la subcontratación. Asimismo, y mediante la utilización de la Herramienta de Lucha contra el Fraude se realizarán campañas extensivas sobre empresas de servicios y sectores vinculados a contratas interempresariales.

Se pretende corregir los aspectos más nocivos que, en relación con la temporalidad, tiene nuestro mercado de trabajo:

- Empresas, con una alta tasa de temporalidad, por encima de la de su sector.
- Contratación temporal centrada en contratos de muy corta duración y que afecta fundamentalmente a jóvenes.

- Empresas de servicios: es necesario intensificar las actuaciones sobre empresas de servicios que, amparadas en contratos con clientes, precarizan las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras.
- Sin olvidar las actuaciones ya realizadas en materia de regularización de contratos temporales de larga duración, que pueden seguir efectuándose a través de campañas extensivas, se realizarán más actuaciones inspectoras que entren a valorar la existencia o no de causa real de los contratos de trabajo temporales.
- Modalidades de contrato utilizadas fraudulentamente, por ejemplo, fijos discontinuos o contratos formativos.
- Comportamientos fraudulentos de Empresas de Trabajo Temporal.

Asimismo, en el Eje 2 (Reforzar las capacidades de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), se recoge en el Objetivo 15 (Reforzar el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la contratación temporal) la Actuación 15.1: Estrategia de actuación ante la contratación temporal fraudulenta.

La temporalidad del empleo en España es demasiado elevada (tasa del 26,1 %, al final de 2019) si la comparamos con los países de la Unión Europea (14,2 %) Dicha brecha tampoco se justifica por el peso de actividades estacionales en nuestro país. La tasa de temporalidad desciende cuando lo hace el empleo. Así, en el 2012, en plena crisis económica, era del 22,8 %. Debe realizarse una evaluación crítica sobre el importante esfuerzo que ha realizado la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los últimos años, ya que no ha conseguido corregir el abuso y fraude generalizado en la contratación temporal.

Ha de cambiar la estrategia desarrollada y proseguir con la realización de campañas en esta materia, tal como se indicó antes en la actuación 1.3, ya que se constata un alto grado de transgresión de la normativa sobre contratación temporal, si tomamos en cuenta que las infracciones más los contratos transformados en indefinidos por la actuación inspectora representan aproximadamente el 50% de los contratos investigados.

No obstante, se estima que también debería abordarse una reforma en profundidad del marco regulador de los contratos de duración determinada y temporales para afrontar de raíz las razones profundas sobre las que se asienta la excesiva temporalidad de nuestro mercado de trabajo. En este sentido, resulta imprescindible modificar el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social para garantizar el carácter disuasorio de las medidas sancionadoras y reforzar la proporcionalidad de estas.

En definitiva, en el Plan Estratégico 2021 - 2023 se recoge que han de continuarse las actuaciones inspectoras que tan brillantes resultados ha logrado en la transformación de contratos temporales en indefinidos, pero se señala que no debe limitarse a ello, sino que en caso de incumplimientos deben exigirse responsabilidades, a la par que se postula una reforma de la norma, de la LISOS, que garantice el carácter disuasorio de las sanciones. Ello se ha materializado ya con la reforma de la LISOS, que incrementa el importe de las multas, y con el añadido de considerarse un incumplimiento por cada persona trabajadora afectada.

Este Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023 es sucesor del anterior Plan Director por un Trabajo Digno, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de julio de 2018 para el período 2018 - 2020, que recogía también previsiones (precisamente en la Medida 1ª, de las 55 recogidas en el Plan).

3.3. Estadísticas de actuaciones inspectoras

Conviene hacer un análisis de los resultados de las actuaciones inspectoras, que se recogen en las Memorias de Actividades que cada año elabora la Dirección del Organismo Estatal ITSS que se publican.

La última editada es la correspondiente al año 2020, y cuyos datos, a consecuencia de la pandemia del COVID-39, con la paralización temporal de la actividad económica en muchos sectores, ofrece cifras diferentes a la serie histórica. Pero es que señaladamente, la ITSS tuvo que dedicar ese año 2020 sus medios personales a abordar otras cuestiones derivadas de la situación sanitaria y económica que se originó: actuaciones en materia de prevención de riesgos laborales, y muy especialmente todas las derivadas de los ERTES.

Las actuaciones en materia de contratación se pueden clasificar en 3 grandes apartados:

- Control del fraude en la contratación temporal, señaladamente por no concurrir causa temporal que justifique la no contratación indefinida. O por superación de los límites máximos de duración, incluyendo los límites al encadenamiento de contratos. Señaladamente en los contratos eventuales por circunstancias de la producción y los de obra o servicio determinado.
- Comprobación del cumplimiento de la obligación de que las empresas de construcción tengan un porcentaje de plantilla fija (30%), en los términos de la Ley 32/2006, 18 de octubre, de Subcontratación en el Sector de la Construcción, obligatoriedad impuesta a las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción.
- Control del cumplimiento de los requisitos de acceso y mantenimiento de las bonificaciones en los contratos que tienen establecidas estas ayudas al fomento de empleo, particularmente en el caso de los contratos formativos.

Los resultados se exponen a continuación, tomando como referencia, para visualizar también una evolución, los años 2015, 2019 y 2020:

	2015	2019	2020
Actuaciones fraude contratación temporal	27.727	58.735	42.041
Actuaciones subcontratación en sector construcción	2.797	2.025	721
Actuaciones en contratación bonificada	5.840	6.031	4.641
Número infracciones	1.869	6.612	6.371
Importes infracciones (€)	2.223.887	9.363.267,25	8.895.051
Contratos temporales transformados en indefinidos	54.949	169.252	83.853
Incrementos jornada en contratos tiempo parcial		40.765	8.685

Se advierte un incremento notable en las actuaciones y resultados en la comparativa entre 2015 y 2019 (ya se indicó antes que el año 2020 no es representativo, y no se disponen los datos del año 2021).

Para una consulta con mayor detalle, se puede acudir a las Memorias Anuales que edita la ITSS, pero una simple visualización de los datos que se ofrecen denota que los resultados se han triplicado en sólo 4 años en el apartado correspondiente a contratos temporales transformados en indefinidos, un aspecto de singular relevancia en la relación laboral, y en el que se apreciaba un interés social por corregir estos incumplimientos. En el caso que la empresa convierte el contrato temporal en indefinido, cumpliendo el requerimiento emitido por la ITSS, lo más habitual es que no se inicie ningún expediente sancionador.

También las estadísticas de los años más recientes (no todavía en 2015) recogen otro parámetro significativo, cual es el de las ampliaciones de jornada en los contratos a tiempo parcial. Suele ser otro incumplimiento frecuentemente demandado. El hecho de que las personas trabajadoras realizan una jornada de trabajo superior a la pactada en el contrato a tiempo parcial. En esta dirección el legislador incluyó la obligación de registro del inicio y fin de la jornada de trabajo, como medio de combatir el fraude, y la actuación inspectora ofrece resultados relevantes tal y como se aprecia en la estadística.

3.4. Medidas derivadas de la actuación inspectora

El artículo 22 de la Ley 23/2015 enumera y recoge las medidas que pueden derivarse finalmente de las actuaciones inspectoras.

En materia de contratación laboral, pueden reseñarse las siguientes:

- Advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores o a sus representantes.
- Iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de actas de infracción.
- Promover procedimientos de oficio para la inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas de trabajadores, variaciones de datos.

En el apartado correspondiente a las estadísticas se han ofrecido los datos precisamente del número de contratos transformados en indefinidos, que suelen derivar de los requerimientos practicados, así como los importes recogidos en las actas de infracción. La ITSS puede comunicar a la TGSS la variación de los datos que constan en la base de datos de la SS, para que el código del contrato que figura en la vida laboral cambie de código (ejemplo, pasando de registrarse como contrato temporal a indefinido).

En materia sancionadora, el mecanismo utilizado por el legislador, y que aplica la ITSS es el de que en las actas de infracción hay que incluir:

- Disposición infringida.
- Calificación de la infracción (leve, grave, muy grave).
- Graduación de la infracción (mínimo, medio, máximo).
- Sanción.

Atendiendo a este esquema, y aplicado al específico incumplimiento en materia de contratación laboral:

Disposición infringida: siempre lo es el Estatuto de los Trabajadores, más la normativa reglamentaria que desarrolla cada modalidad contractual.

Calificación de la infracción (leve, grave, muy grave).

El incumplimiento de la normativa en materia de contratación laboral se tipifica preceptivamente como infracción GRAVE en el artículo 7.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones

en el Orden Social (LISOS), Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, (BOE del 8):

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.

En la reforma de este precepto operada por el Real Decreto-ley 32/2021 se ha introducido la importante modificación de que se comete una infracción por cada persona trabajadora afectada, lo que implica automáticamente un incremento del importe de las sanciones.

Graduación de la infracción (mínimo, medio, máximo). Se aplica el artículo 39.1 de la LISOS, que señala como criterios de graduación: "la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida".

Sanción. Se recoge en el artículo 40.1.c bis de la LISOS: "en su grado mínimo, de 1.000 a 2.000 euros; en su grado medio, de 2.001 a 5.000 euros y, en su grado máximo, de 5.001 a 10.000 euros". Se trata de un importe agravado y superior al que se establece con carácter general para las infracciones en materia de relaciones laborales en el artículo 40.1.b) en que la sanción para las infracciones graves va de 751 euros a 7.500 euros.

Destacar que el importe señalado ha sido actualizado y entró en vigor desde 1 de enero de 2022, y desde 1 de octubre de 2021 era de 751 euros a 7.500 euros. Y hasta 30 de septiembre de 2021 era de 626 euros, a 6.250 euros. Lo que determina la aplicación del derecho vigente en función de la fecha de la infracción cometida.

Significar por último que en enero de 2021 entró en vigor una modificación del artículo 53.1 de la LISOS, posibilitando la extensión de actas de infracción de forma "automatizada", sin la intervención previa personal de personal inspector. Al respecto, el Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto, lleva a cabo una modificación del RD 928/1998, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social. Introduce un nuevo capítulo IX sobre el procedimiento sancionador por actuación administrativa automatizada en el ámbito de la Administración General del Estado. Pero conviene recordar que sólo se prevé para actas de infracción competencia de la Administración General del Estado, y en materia de Seguridad Social. Por lo que no caben respecto de incumplimientos en contratación laboral, al ser competencia sancionadora atribuida a las Comunidades Autónomas y ser materia de "relaciones laborales" y no de "Seguridad Social". Y ello pese a que hay incumplimientos que bien podrían ser objeto de actas de infracción automatizadas (piénsese por ejemplo en los incumplimientos por superación del plazo máximo permitido de duración del contrato).

Otras nuevas infracciones introducidas por el artículo 5 del RDL 32/2021 en la LISOS, con el objetivo de adaptar la norma sancionadora a las nuevas previsiones de la norma material, en lo que se refiere a la normativa de contratación, son:

- Se introduce un nuevo apartado como infracción leve, el punto quinto del artículo seis, con la dicción: "No informar a los trabajadores a tiempo parcial, a distancia, a los trabajadores con contratos de duración determinada o temporales, incluidos los formativos y a los trabajadores fijos discontinuos sobre las vacantes existentes en la empresa, en los términos de los Arts. 12.4, 13.3, 15.7 y 16.7 LET".

- Se añade un nuevo apartado 14 al artículo 7 sobre infracciones graves de carácter laboral. Consiste en: "La formalización de nuevas contrataciones laborales incumpliendo la prohibición establecida en el Art. 47.7.d) LET (durante la vigencia de la reducción o suspensión de contratos), se considerará una infracción por cada persona trabajadora contratada.
- Se introduce modificaciones en el Art. 18.2 sobre infracciones de las Empresas de Trabajo Temporal, de un lado, en su letra c) se innova diciendo que los contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el Art. 6.2 de la Ley de ETT (14/1994), se considerará que se incurre en una infracción para cada trabajador".
- Se modifica el artículo 19.2 de la LISOS para incluir, una corrección y un nuevo tipo. Así, en letra b) se sanciona como infracción grave el formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos del Art. 6.2 de la LETT, con el añadido, ya conocido en materia de contratos, que la infracción será una por cada uno de los trabajadores afectados.

Finalmente, conforme al artículo 15.9 ET se pondrá en conocimiento de la ITSS el documento acerca de si se han sobrepasado los límites máximos de los contratos establecidos en el artículo 15 ET. Esta actuación por parte del SEPE se producirá cuando la empresa no cumpla con su obligación de facilitar al trabajador su nueva condición de fijo una vez superados los plazos de duración temporal o por el encadenamiento de contratos.

4. BIBLIOGRAFÍA

Dado lo reciente de la promulgación y entrada en vigor de la reforma laboral, no se hace referencia a ningún libro o manual. Sí se han publicado numerosos artículos doctrinales en la materia, que han sido consultados por el autor del trabajo.

En cuanto a datos estadísticos de la ITSS, como se indicó en el apartado correspondiente, pueden consultarse las Memorias de Actividades de cada año en la web de la ITSS: /www.mites.gob.es/itss.

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.

CÓDIGO ÉTICO PARA LA REVISTA CRÍTICA DE RELACIONES DE TRABAJO (LABORUM)

La "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" se adhiere a las recomendaciones de ELSEVIER y a las normas éticas de COPE: *Commitée on Publication Ethics*: http://publicationethics.org/resources/code-conduct

A continuación, se detallan de manera específica los compromisos adquiridos por todo el Equipo Editorial para asegurar una actuación responsable tanto de autores, revisores, como de editores.

Compromisos para los autores

- Originalidad en los trabajos: Los autores de manuscritos enviados a la "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" han de ser originales. Los manuscritos no han de contener copias o reproducciones a trabajos de otros autores o de otros fragmentos de trabajos ya publicados por los mismos autores. Además, se confirmará veracidad de los datos mediante la firma de un documento de "declaración de originalidad" que habrá de enviarse a la editorial.
- Publicaciones múltiples o repetitivas: El autor no debe publicar un mismo artículo o con resultados similares en más de una revista científica. La propuesta simultánea de la misma contribución a múltiples revistas científicas es considerada éticamente incorrecta y reprobable.
- Listado de fuentes: Al final de cada trabajo el autor deberá incorporar una relación bibliográfica completa, en la que se recojan todas las fuentes y artículos manejados.
- Autoría: En cuanto a la autoría del manuscrito, los autores garantizan la inclusión de aquellas personas que han hecho una contribución científica e intelectual significativa en la conceptualización y la planificación del trabajo como en la interpretación de los resultados y en la redacción del mismo. Al mismo tiempo se han jerarquizado los autores conforme a su categoría y/o nivel de responsabilidad e implicación.
- Conflicto de intereses y divulgación: Todos los autores están obligados a declarar explícitamente que no existen conflictos de intereses que puedan haber influido en los resultados obtenidos o en las interpretaciones propuestas. Los autores también deben indicar cualquier financiación de agencias y/o de proyectos de los que surge el artículo de la investigación.
- Errores o erratas en los artículos publicados: Cuando un autor identifica en su artículo un importante error o una inexactitud, deberá comunicarlo a los editores de la revista y proporcionarles toda la información necesaria para listar las correcciones pertinentes en la parte inferior del mismo artículo.
- Responsabilidad: todos los autores aceptan la responsabilidad de lo que se ha escrito. Los autores se comprometen también a que se ha realizado una revisión de la literatura científica más actual y relevante del tema analizado, teniendo presente de forma plural las diferentes corrientes del conocimiento.

Compromisos para los revisores

- Contribución a la decisión editorial: La revisión por pares y a ciegas le permite a la editorial Laborum tomar decisiones sobre los artículos propuestos y, de igual modo, le permite al autor mejorar en la contribución enviada para su publicación. Los revisores asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva tanto de la calidad científica, como de la calidad literaria del escrito.
- Tiempos de revisión: La coordinación marcará los tiempos de revisión. El revisor que no pueda terminar la evaluación en el tiempo programado habrá de notificarlo de inmediato a la coordinadora. Los revisores se comprometen a evaluar los trabajos en el tiempo menor posible para respetar los plazos de entrega.
- Confidencialidad: Cada manuscrito asignado debe ser considerado como confidencial. Por lo tanto, estos textos no se deben discutir con otras personas sin el consentimiento expreso del director, el subdirector y la coordinadora.
- Objetividad: La revisión por pares se realizará de manera objetiva. No se considera adecuado ningún juicio personal sobre los autores de las contribuciones. Los revisores están obligados a dar razones suficientes para sus valoraciones. Los revisores entregarán un informe crítico completo con referencias adecuadas según protocolo de revisiones de la "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" y las normativas públicas para los revisores; especialmente si se propone que el trabajo sea rechazado. Están obligados a advertir a los editores si partes sustanciales del trabajo ya han sido publicadas o están bajo revisión para otra publicación.
- Visualización de texto: Los revisores se comprometen a indicar con precisión las referencias bibliográficas de obras fundamentales posiblemente olvidadas por el autor. El revisor también debe informar a los editores de cualquier similitud o solapamientos del manuscrito con otros trabajos publicados.
- Conflicto de intereses y divulgación: Información confidencial o información obtenida durante el proceso de revisión por pares debe considerarse confidencial y no puede utilizarse para propósitos personales Los revisores solo revisan un manuscrito cuando no exista conflictos de interés.

Compromisos de los editores

- Decisión de publicación: los editores garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas científicamente para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo, con los menores sesgos posibles. La "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" opta por seleccionar 2 revisores por cada trabajo de forma que se garantice una mayor objetividad en el proceso de revisión.

- Honestidad: los editores evalúan los artículos enviados para su publicación sólo sobre la base del mérito y la calidad científica de los contenidos.
- Confidencialidad: todo el equipo editorial se compromete a no divulgar la información relativa a los artículos enviados para su publicación a otras personas que no sean autores, revisores y editores. Los editores y el Comité Editorial se comprometen a la confidencialidad de los manuscritos, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad intelectual de todo el proceso.
- Conflicto de intereses y divulgación: los editores se comprometen a no utilizar en sus investigaciones contenidos de los artículos enviados para su publicación sin el consentimiento por escrito del autor.
- Respeto de los tiempos: los editores son responsables máximos del cumplimiento de los límites de tiempo para las revisiones y la publicación de los trabajos aceptados, para asegurar una rápida difusión de sus resultados. Los trabajos no permanecerán aceptados, sin publicarse y en listas de espera infinitas, más allá del tiempo justo para su edición en los siguientes números de la 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
03 >
9 772792 797000